

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES LOIS CADUCAIRES

DANS LEURS RAPPORTS
AVEC LE DROIT D'ACCROISSEMENT

DROIT FRANÇAIS

EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF
SUR LES INSCRIPTIONS DE PRIVILÈGES OU D'HYPOTHÈQUES
PRISES AVANT OU APRÈS LA FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le 13 Juin 1894

PAR

Gustave POISSONNET

PRÉSIDENT : M. GARSONNET

SUFFRAGANTS :	{	MM. GLASSON	{	PROFESSEURS.
		THALLER		
		LESEUR		AGRÉGÉ

PARIS

CHAMUEL ÉDITEUR

29, RUE DE TREVISE, 29

1894



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE
DOCTORAT

TOURS, IMPRIMERIE E. SOUDÉ

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES LOIS CADUCAIRES

DANS LEURS RAPPORTS

AVEC LE DROIT D'ACCROISSEMENT

DROIT FRANÇAIS

EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF

SUR LES INSCRIPTIONS DE PRIVILÈGES OU D'HYPOTHÈQUES

PRISES AVANT OU APRÈS LA FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le 13 Juin 1894

PAR

Gustave POISSONNET

PRÉSIDENT : M. GARSONNET

SUFFRAGANTS :	{	MM. GLASSON	{	PROFESSEURS.
		THALLER		
		LESEUR		AGRÉGÉ

PARIS

CHAMUEL ÉDITEUR

29, RUE DE TREVISE, 29

1894



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

THÈSE DE DROIT ROMAIN

DES LOIS CADUCAIRES

Dans leurs rapports avec le droit d'accroissement

INTRODUCTION

1. — Dans l'ancienne famille romaine, le célibat et le divorce furent longtemps regardés avec défaveur ; les croyances relatives aux morts et le culte qui leur était dû avaient fait naître l'idée de la continuité de la famille. L'homme en effet ne devenait un être heureux, après sa mort, que si ses descendants lui offraient toujours le repas funèbre. Il fallait donc que le défunt laissât derrière lui quelqu'un de son sang, pour porter à son tombeau les offrandes nécessaires à son bonheur.

Aussi « le célibat devait être à la fois une impiété grave

« et un malheur : une impiété, parce que le célibataire met-
« tait en péril le bonheur des mânes de sa famille ; un mal-
« heur parce qu'il ne devait recevoir lui-même aucun culte
« après sa mort, ni connaître ce qui réjouit les mânes »
(Fustel de Coulanges. *Cité antique*, p. 50 et suiv.)

2. — Mais s'il est vrai que la religion et la rigidité des mœurs suffirent, à l'origine, pour engager à contracter mariage, l'intervention de la loi fut bien vite nécessaire pour lutter contre l'extension prise par le célibat. Ce mouvement de législation aboutira aux lois Caducaires : mais, avant d'arriver à l'étude même de ces lois, il est nécessaire d'en rechercher les précédents législatifs et les causes immédiates.

Denys d'Halicarnasse, qui avait compulsé les vieilles annales de Rome, dit avoir vu une ancienne loi qui obligeait les jeunes gens à se marier (Den. d'Hal. IX. 22).

Cicéron (de Legibus. III. 2) nous apprend que les censeurs avaient, dans leurs attributions, le droit d'empêcher le célibat : « Cœlibes esse prohibento, mores populi regunto ». Et de fait, aux premiers temps de la République, les pouvoirs des censeurs, en tant que gardiens des mœurs, trouvèrent, dans le civisme des Romains, l'appui nécessaire à l'exercice de leurs délicates fonctions.

Jules César, au témoignage des historiens, avait déjà récompensé la paternité ; Suétone parle de distributions de terres en Campanie, faites à vingt mille citoyens, qui avaient au moins trois enfants. De même il était défendu aux femmes, âgées de moins de quarante-cinq ans, qui n'avaient ni mari, ni enfants, de porter des pierreries et de se servir de litières (Montesquieu. Espr. des Lois).

3. — Mais les avantages attachés à la paternité étaient trop minimes. Puis, avec l'affaiblissement de la censure et la diminution progressive des croyances religieuses, la dépravation des mœurs s'accrut de jour en jour. Les sacrifices aux morts, sont disparus ; le divorce, pendant longtemps inconnu (1), est devenu un acte de pratique courante, Sénèque s'écrie que les femmes comptent les années, non plus par le nombre des consuls, mais par celui de leurs mariages. L'égoïsme le plus complet, la soif des jouissances remplacent le dévouement et le désintéressement, auxquels Rome avait dû sa force et le secret de sa puissance. Enfin la famille se désagrège ; le célibat est affaire de mode ; les *justæ nuptiæ*

(1) Le premier divorce remonte à l'an de Rome 520. C'est celui de Spurius Carvilius Ruga, qui s'était plaint de la stérilité de sa femme.

tombent en défaveur, car, elles entraînent trop d'obligations. Les unions que l'on contracte encore ne rappellent en rien l'association conjugale des premières années de Rome, celle qui impliquait égalité de condition sociale, « *individuum vitæ consuetudinem continens* » (Instit. I. 9. § 4). D'ailleurs l'exemple vient de haut, puisque sénateurs et consuls eux-mêmes font parades de leurs liaisons irrégulières.

Pour d'autres causes encore la population ingénue est fortement atteinte. Sans parler des proscriptions et des guerres civiles, la conquête du monde civilisé a coûté aux Romains le meilleur de leur sang, tandis qu'au contraire, et précisément comme résultat de ces victoires mêmes, grossit, à chaque instant, le flot des esclaves et des affranchis ! Or ces éléments nouveaux n'apporteront avec eux aucune des qualités de leurs anciens maîtres ; dès longtemps habitués à la servitude, ils n'auront réussi qu'à faciliter l'avènement de la dictature et la confiscation de libertés publiques.

Telle était la situation au temps d'Auguste.

4. — L'avenir se présentait donc gros de menaces, et l'insuccès des mesures prises autrefois n'était point fait pour donner l'idée d'une nouvelle tentative. Cependant l'empereur crut qu'il était encore temps d'essayer à remonter le

courant qui menaçait d'emporter Rome ; et, de son effort, sont nées les lois Caducaires.

Ces lois Caducaires, appelées encore « *leges novæ* » ou simplement « *leges* » comprennent un ensemble de mesures :

1° La loi Julia de *maritandis ordinibus* : elle devait son nom à Auguste lui-même. Proposée une première fois devant les Comices en 736, elle ne fut adoptée qu'en 757. Telle est au moins l'opinion de MM. Ortolan et Accarias. Au contraire, d'après Montesquieu (*Esp. des lois* l. 23. chap. 21) et M. Machelard (*Dissertat. sur l'accroissement* p. 44 et 42), l'échec de la proposition eut lieu en 726 et son adoption en 736. Quoiqu'il en soit, cette loi eut pour effet d'établir quelques nouvelles prohibitions de mariage et surtout de punir les *Cælibes*.

2° La loi Papia Poppæa, du nom des Consuls de l'année 76?, année qui la vit naître. Dion Cassius (l. 46 chap. 10) nous apprend que, des deux Consuls, ni l'un ni l'autre n'était marié, ce qui fait dire à Montesquieu (*eodem loco*) que « la grandeur du mal à combattre paraissait dans leur élection même » La loi Papia atteignait les *orbi*.

3° Enfin plusieurs sénatus consultes vinrent élargir la portée des deux lois précédentes,

Nous les signalerons au cours de notre étude (1).

5. —Le but d'Auguste, en se faisant l'instigateur des *leges novæ*, était double ;

1° Il voulait, en poussant les citoyens au mariage, repeupler l'Etat, dont nous avons vu, plus haut, la population si fortement atteinte, pour tant de causes diverses.

2° C'était aussi, encore eut-il bien soin de n'en rien laisser voir dans sa harangue aux Comices, une occasion de donner au Trésor de précieuses ressources, en le faisant profiter parfois des nouvelles dispositions. Tacite, avec la concision qui lui est familière, nous dit, en effet, que la loi fut faite « *incitandis cœlibum pœnis, augendo aerario* » (Ann. III. 25).

(1) On s'est demandé, d'après la dénomination de *lex Julia et Papia* qu'on rencontre si souvent dans les textes, si la première de ces lois ne fut pas absorbée dans la seconde. Plusieurs textes nous prouvent qu'il ne faut pas s'arrêter à cette solution, notamment :

Ulpien (Reg. t. 14) qui, parlant des délais accordés à la femme pour se mettre en règle, distingue nettement les deux lois.

De même Gaius (C. 2 par. 286) qui déclare que la loi Julia et la loi Papia étaient tout d'abord demeurées étrangères aux *fidei commis*, mais que, depuis le sénatus consulte Pégasien, la situation fut changée.

Ces deux textes, pris au hasard parmi beaucoup d'autres, prouvent d'une manière péremptoire que les deux décisions législatives restèrent toujours absolument distinctes : l'une ne fit que compléter l'autre.

6. — Si tel était le but où trouver le moyen de l'atteindre ? En face de la dépravation générale, et pour pouvoir tenir tête à un long passé d'habitudes invétérées, il était indispensable de provoquer l'obéissance aux nouvelles lois par l'appât de précieux avantages et la menace de peines sévères. Ce n'était certes pas dans le semblant d'énergie morale, qui restait encore à ses concitoyens, qu'Auguste pouvait mettre l'espoir de la moindre réaction ; ce qu'il ne pouvait attendre d'un effort de volonté, il chercha à l'obtenir de la perspective d'un intérêt matériel ; et il ne trouva rien de mieux à faire que de flatter la cupidité et l'avarice, et d'établir un avantage pécuniaire au profit de ceux qui se soumettraient à la nouvelle législation.

Pour cela, Auguste retira à certaines personnes, fautives à ses yeux, le droit de recueillir les dispositions testamentaires dont elles étaient l'objet, pour en attribuer le bénéfice à d'autres individus qui, ceux-là, avaient payé leur dette à la société. En un mot, il *châtia cœlibes et orbi* pour donner aux *patres le jus patrum, le jus caduca vindicandi*, il punit le célibat et la stérilité pour récompenser le mariage et la paternité.

A vrai dire le moyen employé donne une assez triste idée de ce qu'il était alors permis d'attendre de la moralité des

Romains : l'empereur ne faisait en somme que flatter leurs vices au profit de sa réforme. Procédé bien étrange que celui qui, pour arriver à régénérer les mœurs, commençait par donner libre carrière à des tendances mauvaises, en surexcitant les esprits par l'appât d'un gain trop facile à réaliser. Mais sans doute, il eut été bien difficile à Auguste de ne pas mettre au service de sa cause les seules armes que lui fournissait l'état social et moral de son époque.

7.— Quoi qu'il en soit, les lois Caducaires, dans leur ensemble, forment un monument législatif considérable (1). Elles donnent au concubinat une détermination précise et un caractère juridique ; et, si elles créent quelques nouvelles prohibitions pour mettre fin à des unions scandaleuses, elles cherchent par tous les moyens, à favoriser le mariage : elles obligent certaines personnes à constituer, au profit de leurs filles, une dot

(1) Les lois Caducaires ne comptaient pas moins de trente-cinq titres (Dig. loi 19 de ritu nuptiarum). Les *præmia patrum* n'étaient pas limités au droit de profiter des dispositions testamentaires caduques : ils comprenaient aussi certaines distinctions honorifiques : ainsi celui des deux Consuls qui avait le plus d'enfants faisait porter devant lui les faisceaux consulaires (Aulu-Gelle II. 15) ; de même pour deux candidats à une même magistrature, on donnait la préférence au nombre des enfants « Ille me in tribunatu liberorum jure præcessit » dit Pline (Ep. VII. 16) et nous verrons plus tard un certain sénatus consulte, rendu sous Néron, qui cherchait à atteindre les fraudes en usage pour satisfaire la loi sur ce point.

en rapport avec leur condition de fortune et leur situation sociale (car il est de l'intérêt de la République « mulieres salvas dotes habere, propter quas nubere possuit ») ; elles infligent des peines pécuniaires à celui qui aura donné lieu au divorce par sa mauvaise conduite ; relèvent ingénus et affranchis de la défense qui, pendant si longtemps, leur fut faite de s'unir (D. XXIII. 2 l. 23) ; organisent le *jus liberorum* (1) ; restreignent la puissance paternelle, jusque-là absolue, en autorisant l'intervention du magistrat, à l'effet de forcer le consentement du père, qui s'opposerait, sans motif sérieux, au mariage de son descendant. (Dig. même titre loi 19) ; elles

(1) L'organisation complète du *jus liberorum* date des Lois Caducaires. On appelait ainsi l'ensemble des droits spéciaux à la femme ingénue qui avait trois enfants, et à l'affranchie qui en avait quatre. Les effets qu'il produisait étaient assez nombreux :

1° Il exemptait des numera personalia, c.à.d. des charges qui n'exigeaient aucune dépense d'argent (tutelle ou curatelle ; Inst. I. 25. princ.)

2° Il relevait les femmes de la tutelle perpétuelle, qui leur avait toujours été imposée (Gaius I. 145).

3° Le sénatus consulte Tertullien qui, le premier, reconnut aux femmes le droit de succéder à leurs enfants, ne l'accorda qu'à celles ayant le *jus liberorum*.

4° Enfin il donnait aux femmes la *solidi capacitas*, c.à.d. le droit de conserver en entier les dispositions testamentaires dont elles étaient l'objet.

Le *jus liberorum* résultait souvent aussi de concessions faites par l'empereur aux femmes sans enfants (Paul. Sent. 4.9.9). Ces concessions devinrent même très fréquentes ; car elles s'accompagnaient, pour le trésor impérial, d'un profit pécuniaire.

reculent l'acceptation de la succession testamentaire jusqu'à l'ouverture du testament ; enfin, et surtout, elles bouleversent la théorie de l'accroissement

Jusqu'à cette époque, en effet, la volonté d'un testateur avait toujours été l'objet d'un culte absolu. — Souverain pendant sa vie, il semblait que le *paterfamilias* se survécût, en quelque sorte, après sa mort, pour imposer à tous le respect de ses dernières volontés « *Uti legassit super pecunia tutelare rei suæ, ita jus esto* » avaient dit les Douze Tables, et à ce pouvoir exorbitant, le temps n'avait apporté que deux restrictions : l'obligation d'exhérer ou d'instituer les enfants et la querela *inofficiosi testamenti*. — Toute la théorie de l'accroissement reposait sur une interprétation de la volonté du défunt.

Or, depuis les lois Caducaires, on ne tiendra compte que de l'intérêt public, ou, tout au moins, de ce que l'on regardera comme tel. Au lieu de respecter aveuglément les institutions d'héritiers et les legs, tels que les avait établis le *de cujus*, on recherchera, avant tout, si les bénéficiaires sont dignes de la faveur qui leur est faite, pour, au cas d'indignité, en attribuer le profit à d'autres plus méritants, sans tenir autrement compte des volontés exprimées.

Ce qui précède peut déjà donner une idée de la hardiesse

de la réforme, qu'entreprenait Auguste. Plus tard nous aurons à voir si l'on peut ainsi bouleverser impunément les habitudes juridiques d'un peuple et quel sort devait fatalement attendre la législation nouvelle. Qu'il nous suffise de dire, dès maintenant, qu'au temps d'Auguste, il n'était plus temps de chercher à réagir.

8. — Nous venons de montrer brièvement pour quelles raisons, à l'origine de la société romaine, le célibat devait, forcément et logiquement, être regardé comme une anomalie; l'influence des idées religieuses et l'état des mœurs suffirent d'abord pour le combattre; mais l'intervention du législateur fut bien vite nécessaire et les lois Caducaires ne furent que le couronnement d'un ensemble de mesures, tendant toutes au même but.

Après avoir ainsi rappelé les précédents législatifs les causes immédiates et le but des *leges novæ* il nous reste à en étudier le système qui en résulta. Notre intention n'est pas d'en exposer toutes les dispositions et nous bornerons notre étude aux modifications qu'elles firent subir au droit d'accroissement, signalant seulement au passage les mesures accessoires.

Voici quel sera l'ordre que nous suivrons :

I°. — Différentes catégories de personnes créées par les lois Caducaires.

II. — Sur quoi portent les lois Caducaires ?

III. — Modifications apportées au droit d'accroissement ;
Caducorum vindicatio.

IV. — Décadence progressive du système établi par les lois Caducaires.

V. — Conclusion.

CHAPITRE I

DIFFÉRENTES CATÉGORIES DE PERSONNES CRÉÉES PAR LES LOIS CADUCAIRES

9. — Le but des lois caducaires fut, nous l'avons vu, d'attacher à la paternité certains privilèges, en faisant, au contraire, du célibat, une cause d'incapacité : d'un côté des récompenses, de l'autre des peines ; celles-ci attaquaient *cœlibes* et *orbi* ; celles-là étaient réservées aux *patres*.

Toutefois, en raison soit de leur impossibilité d'obéir aux prescriptions de la loi, soit de leur degré de parenté, certaines personnes occupaient une situation intermédiaire qui se résumait en ces deux idées : exemption des peines punissant le célibat, d'une part ; privation des *præmia patrum*, de l'autre. — C'étaient les *solidi capaces* ou celles jouissant du *jus antiquum*.

Nous avons donc trois catégories de personnes :

a) Celles qui sont punies ;

b) Celles qui sont récompensées ;

c) Enfin celles qui, pour des motifs spéciaux, échappent aux rigueurs de la loi, sans être admises, du moins pour celles ayant la solidi capacitas, à profiter en rien des nouveaux privilèges. Nous aurons à voir en quoi le jus anti-quum était plus avantageux.

Cherchons maintenant quelles conditions il fallait remplir pour appartenir à l'une ou l'autre de ces catégories.

§ 1. — *Personnes punies*

A). — *Cælebs*. — 10. Était cælebs, d'après la loi Julia, tout individu actuellement non marié. Mais ce serait une erreur de croire que le mot célibataire en est, chez nous, l'équivalent absolu : Ce n'était pas seulement, en effet, toute personne n'ayant jamais contracté mariage ; c'était aussi tout individu qui, veuf ou divorcé, ne s'était pas engagé dans une nouvelle union. Peu importait donc qu'à un moment donné, on eût été marié ; si, dans la suite, la mort ou le divorce venaient à rompre le lien existant, on devenait cælebs jusqu'à ce qu'on se fût mis de nouveau, en règle avec la loi.

Les hommes étaient même obligés de se marier, aussitôt le premier lien rompu. Aux femmes, au contraire, la loi Julia avait accordé une période de vacatio, pendant laquelle elles

étaient à l'abri de toute déchéance : six ou douze mois, selon qu'elles étaient divorcées ou veuves. Ces délais furent même portés, par la loi Papia, à dix-huit mois et deux ans (Ulpien, Reg. 2, 14).

D'ailleurs, un mariage avec une personne quelconque n'était pas suffisant, aux yeux du législateur. Le concubinat, par exemple, ne dispensait pas des peines du célibat ; nous en trouvons la preuve dans les mots de *uxor*, *matrimonium*, *nuptiæ*, qui reviennent à chaque instant dans les textes. De même, en dehors du but qu'Auguste s'était proposé, de pousser à la procréation d'enfants légitimes, il avait encore cherché à restreindre le nombre de ces unions scandaleuses que la décadence des mœurs avait de plus en plus favorisées. Aussi prohiba-t-il le mariage entre les affranchis, d'une part, et, d'autre part, les sénateurs, leurs enfants au premier degré et leurs autres descendants *per masculos* ; et il assimila aux affranchis toute *mulier famosa*, comédienne, adultère, ou notée d'infamie à un titre quelconque (Ulpien Reg. 13).

41. — Quant à la sanction de ces prohibitions, elle consiste, depuis Marc-Aurèle, dans la nullité du mariage (de ritu nupt. loi 16). Mais, avant cette époque, le mariage était-il encore nul, ou bien les époux, valablement mariés, étaient-ils seulement traités comme célibataires, en ce qui concerne l'application des lois caducaires ? Cette dernière opinion se fonde sur un passage d'Ulpien (R. 16. par. 2.) : « Aliquando nihil inter se
« capiunt, id est, si contra legem Juliam Papiamque Poppaem
« contraxerint matrimonium, verbigratià, si famosam quis uxo-

« rem duxerit aut libertinam senator » ; d'où il résulte que tout mariage contraire aux lois, entraînait, pour les conjoints, la nullité des dispositions qu'ils auraient été tentés de faire en faveur l'un de l'autre. Or cette incapacité entre les époux suppose bien un mariage valable ; car, s'il était nul, à quoi servirait de déclarer que des personnes non mariées ne peuvent pas jouir des avantages attachés au mariage ? D'ailleurs quelle eût été l'utilité du sénatus consulte dont nous parle la loi 16 « de ritu nupt. », si le mariage avait déjà été regardé comme nul ? Il a bien fallu qu'il créât un état de choses nouveau : ce ne pouvait être que la nullité totale d'une union, qui, jusqu'alors, n'avait été considérée comme nulle qu'au point de vue des lois caducaires. Dans l'autre opinion, au contraire, on soutient que Marc-Aurèle ne fit que remettre en vigueur une mesure législative tombée en désuétude et, par suite, que, de tout temps, semblable mariage fut entièrement nul.

12. — Le cœlebs était, nous venons de le voir, un individu actuellement non marié ; c'était encore une personne n'ayant pas d'enfants, celle, en un mot, qui n'avait jamais rien fait pour obéir aux lois. — Cette conjecture est fondée sur la rubrique du titre 13 des Reg. d'Ulpien : « De cœlibe, orbo et solitario patre ». — Ce texte suppose, jusqu'à l'évidence, l'existence de trois catégories de personnes différentes ; or, si l'on est fixé sur la condition du cœlebs et de l'orbus, aucun texte ne vient nous apprendre quel était ce *pater solitarius* — Plusieurs opinions ont été émises.

1° On a dit, pendant longtemps, qu'il fallait y voir le père d'un seul enfant, appliquant ainsi l'idée contenue dans le mot *solitarius* au nombre des enfants ; mais nous verrons bientôt qu'il suffirait d'un seul pour donner le *jus patrum* (Lois 148 et 149 de *verbor. signific.*).

2° Aussi une autre opinion a prévalu, d'après laquelle le *pater solitarius* est l'homme qui a des enfants, mais n'est plus marié par suite de veuvage ou de divorce ; s'il est *solitarius*, c'est qu'il est privé de son épouse ; mais peu importe le nombre des enfants qu'il peut avoir. A l'appui de cette doctrine, faisons remarquer que c'est à côté du *cœlebs* et de l'*orbus* qu'Ulpien a placé le *pater solitarius* ; il semble qu'il ait voulu indiquer par là l'existence, entre eux, d'une certaine analogie dans la condition juridique, analogie résultant des déchéances établies contre chacun d'eux. Or s'il est vrai que ces trois catégories de personnes soient toutes plus ou moins punies, où a-t-on jamais vu que l'homme marié, mais n'ayant qu'un seul enfant, c'est-à-dire le *pater solitarius* d'après la première opinion, encourût quelque déchéance « *secundum leges novas* » ? Est-ce qu'il n'est pas pleinement capable, ainsi qu'en font foi les deux textes cités plus haut ? Et si sa capacité est entière, pourquoi Ulpien l'aurait-il rapproché du *cœlebs* et de l'*orbus*, dont la capacité est plus ou moins atteinte ? — D'ailleurs si l'on comprend, à la rigueur, qu'on punisse l'homme qui, père de famille et devenu veuf ou divorcé, est demeuré, depuis, libre du lien de mariage, en quoi est répréhensible celui qui, marié, n'a eu, il est vrai qu'un seul enfant ? N'a-t-il pas complètement satisfait à la loi

Julia ? L'idée attachée au mot *solitarius* n'est donc pas celle que la première opinion a cru y voir ; elle indique seulement la situation d'un homme veuf ou divorcé, mais ayant des enfants.

Maintenant que nous sommes fixés sur la condition sociale du *pater solitarius*, pourrons-nous aussi établir sa condition juridique ? Ici l'incertitude est encore plus grande : l'existence d'une déchéance est certaine : mais quelle est-elle ? on l'ignore : il semble seulement, d'après l'ordre même de la rubrique, qu'Ulpien a simplement voulu réunir, dans une progression descendante, les différentes incapacités créées par les lois *Caducaires* : par suite le *pater solitarius* serait moins atteint que l'*orbus*, de même que celui-ci était plus favorisé que le *cœlebs* : il était d'ailleurs logique de faire la peine moindre, puisque la faute était plus légère.

13. — Revenons maintenant au *cœlebs* : nous avons soutenu que c'était l'homme non marié et sans enfants ; cela nous paraîtra, désormais, chose certaine, car s'il en avait, il se confondrait avec le *pater solitarius* ; or ce sont deux individus dont la situation est bien différente, puisque Ulpien les distingue de la manière la plus formelle.

Si les documents font défaut pour nous apprendre quelle était la peine réservée au *pater solitarius*, nous sommes fixés, au contraire, sur la nature de la déchéance attachée à la qualité de *cœlebs* — elle consistait dans l'incapacité totale de recevoir les dispositions testamentaires auxquelles ils auraient pu prétendre.

B) *Orbus*. — 14. — Après avoir parlé du *cœlebs*, c'est-à-dire de l'individu non marié et sans enfants, du *pater solitarius*, c'est-à-dire de l'individu actuellement non marié, mais ayant eu des enfants d'un précédent mariage, il nous faut dire ce que l'on entendait par *orbus*. — C'était, d'après la loi *Papia*, l'homme marié qui n'avait pas un seul enfant légitime, vivant ou conçu — il ne différait donc du *cœlebs* qu'en ce qu'il était marié, tandis que ce dernier ne l'était pas.

Il fallait donc avoir au moins un enfant légitime, pour échapper aux peines de l'*orbitas*. — L'enfant né d'un mariage contraire aux prohibitions des lois *Julia* et *Papia*, ne comptait point, puisque, nous l'avons vu, semblable mariage était nul et ne pouvait donner naissance qu'à des enfants illégitimes. — On aurait pu, semble-t-il, se créer une paternité légitime fictive, en adoptant un enfant. Mais il eût été trop facile d'é luder ainsi l'application des lois *Caducaires* ; aussi Tacite nous parle (Ann. 15. 19) d'un sénatus-consulte rendu sous Néron, d'après lequel personne ne pouvait se prévaloir d'une paternité adoptive, à l'effet de revendiquer les *præmia patrum*. — Il est seulement permis de discuter sur la portée de ce sénatus-consulte :

Ne fit-il que remettre en vigueur une conséquence des lois *Caducaires* tombée en désuétude, ou bien créa-t-il un ordre de choses nouveau ? Le premier parti nous semble préférable : car il eût été puéril de la part d'Auguste, de permettre, à côté de la loi qu'il avait eu tant de peine à faire admettre, l'emploi d'un moyen qui la réduisait si facilement à l'état de lettre morte. Donc, dès les lois *Julia* et *Papia*,

l'adoption ne put faire naître au profit de personne, les avantages attachés à la paternité.

Il en était de même, et à plus forte raison, des enfants très en dehors des *justæ nuptiæ*, soit qu'ils fussent issus ex concubinato ou simplement vulgo *quæsi* ; car l'esprit général des lois Caducaires était de réformer les mœurs et d'encourager, avant tout, la procréation légitime : elles tendaient autant à relever la morale qu'à favoriser la fécondité.

15. — Reste à nous demander de quelle déchéance était frappé l'*orbus* ? Elle consistait dans l'obligation où il était mis de ne pouvoir profiter qu'à moitié des dispositions testamentaires dont il était l'objet. — Si bien qu'en résumé, les lois Caducaires avaient créé trois catégories d'incapables.

En premier lieu, le *cælebs* : le plus coupable de tous, celui qui, sans enfants, ne s'est pas même marié, ou n'a pas cru devoir de nouveau convoler, à la suite de son divorce ou de son veuvage : pour celui-là, incapacité totale.

En second lieu, l'*orbus* : celui qui, marié, n'a pas eu de descendance légitime, et pour lui, demi-capacité seulement.

Enfin le *pater solitarius* : celui qui, ayant eu des enfants d'un premier mariage, est resté veuf ou divorcé : celui-là est le moins fautif, mais aussi le moins atteint par une déchéance, dont on ignore la nature.

§ II. — *Personnes récompensées*

16. — Après les personnes punies, les personnes récompensées. Pour les premières, des déchéances ; pour les autres, des avantages, le plus souvent pécuniaires. En face du cœlebs et de l'orbus, privés, en tout ou en partie, des dispositions testamentaires, les lois Caducaires avaient créé une seconde catégorie de personnes : les *patres* ; ceux-là conservent le bénéfice auquel un testament peut les appeler ; mais ils doivent encore à leur situation privilégiée de profiter des déchéances mêmes qui atteignaient les individus réfractaires aux lois. Ils sont donc, si on les compare à ces incapables, doublement favorisés :

a) D'une part, ils gardent ce qui leur est donné.

b) D'autre part, ils jouissent de ce qui a été donné à d'autres qu'eux-mêmes.

Or la condition juridique des uns et des autres, des incapables et des privilégiés, est fondée sur une commune mesure, sur leur situation sociale. Tandis que cœlibes et orbi trouvent dans leurs déchéances le châtiment de leur désobéissance aux *leges novæ*, les *patres* doivent précisément leurs privilèges à leur soumission à ces mêmes lois. Le critérium est donc le même, qu'il s'agisse de savoir si tel ou tel sera puni ou bien avantagé ; et tout dépend de la réponse qui sera donnée à cette question unique : Les lois Caducaires ont établi

certaines règles : ont-elles été observées ? Et selon que la réponse sera affirmative ou non, on sera en présence d'un pater privilégié, ou bien d'un incapable, *orbis* ou *cœlebs*.

17. — Que fallait-il, maintenant, pour être pater et jouir du *jus patrum* ? Le pater, son nom seul l'indique, était l'individu, marié et père de famille « qui in testamento liberos habebat » (Gaius II, 206 et 286).

Faut-il conclure du mot *liberi*, mis au pluriel, que le pater devait avoir plusieurs enfants, pour jouir du *jus patrum* ? Non : un seul enfant suffisait ; c'est ce qui résulte de la loi 148 : de *verborum significatione*, extraite des Commentaires de Gaius ad legem Juliam et Papiam : « non est sine liberis, cui
« vel unus filius, unave filia est ; hæc enim enuntiatio,
« habet liberos, non habet liberos, semper plurativo numero
« profertur » (1). — Nous avons déjà signalé ce texte à propos du pater solitarius et repoussé la doctrine qui prétend y voir la preuve de la nécessité d'un enfant unique.

De quels enfants fallait-il tenir compte ? « De ceux-là seuls
« qui étaient sui ou qui l'auraient été à défaut d'une éman-
« cipation dont le droit prétorien ne tenait pas compte » (Machel. p. 111). Les enfants adoptifs rentraient, eux aussi, dans cette définition : mais un sénatus consulte de Néron, vint

(1) Cependant il n'est pas indifférent, pour le citoyen romain marié, d'avoir plusieurs enfants ; nous avons vu que le fait d'être père de trois enfants, conférait de nombreux avantages : Juvénal nous le dit lui-même :

« Commoda præterea junguntur multa caducis
» Si tres implevero. » (Satire 9)

les en écarter, comme nous l'avons déjà vu. — De même étaient inutiles les enfants nés *ex concubinato*, et c'était logique, puisqu'ils étaient en dehors de la famille, n'étant pas *sui*. De même les *nepotes ex filio*, toujours pour la même raison ; tandis qu'on tenait compte des *nepotes ex filio*, qui, ceux-là, restaient dans la famille. Voir *fragm. Vatican* § 195, qui signale cependant une exception, toute de faveur, au profit des enfants à naître de la fille d'un citoyen avec un vétérán).

Il fallait encore que les enfants fussent *superstites*, c'est-à-dire survivant encore au moment où le *pater* voulait user de son droit. Quant aux enfants *in acie amissi*, qui comptaient pour exempter de la tutelle, suffisaient-ils pour donner le *jus patrum* ? Il semble qu'on pourrait être tenté de raisonner par voie d'analogie : mais la *caducorum vindictio* avait toujours encouru un blâme général ; on devait donc être plus disposé à restreindre qu'à élargir un droit qui paraissait odieux.

Quant au mariage du *pater*, il devait être contracté *secundum leges novas* ; il ne suffisait donc pas qu'il fût valable *jure civili*, il fallait, en outre, qu'il respectât les prohibitions nouvelles créées par les lois *Julia* et *Papia* : c'est ainsi que l'union d'un sénateur avec une affranchie ne pouvait pas procurer les faveurs de la loi. Et cependant les enfants nés d'un tel mariage tombaient *in potestate patris* et étaient *heredes sui*, comme il résulte de ce passage de Paul, ajoutant à la définition qu'il donne des *heredes sui* : « *nec interest adoptivi sint an naturales, et secundum legem Juliam Papiamve quesiti* » (*Sententiæ* 8.4).

18. — Avant de passer à l'étude du jus antiquum et de la *solidi capacitas*, quelle était, dans le système des lois Caducaires, la situation faite à la femme ? Deux questions se posent :

a) Et d'abord avait-on songé à lui conférer les mêmes droits qu'à l'homme en raison des enfants qu'elle pouvait avoir ? Jouissait-elle des *præmia patrum* et sa fécondité lui donnait-elle la faculté de prétendre aux dispositions caduques ? Le sens que nous avons donné du mot *liberi*, à propos du *pater*, nous fait répondre négativement ; car aucune femme ne peut avoir d'enfants siens : « *Nulla femina aut habet suos heredes...* » (Gaius Dig. 38. 16. 13). Pendant longtemps d'ailleurs, aucun droit de succession n'exista entre la mère et les enfants : il fallut les deux sénatus-consultes Tertullien et Orphitien pour le faire naître. Enfin les tendances des Romains à empêcher les femmes d'accumuler de trop grandes richesses sont bien connues (la loi Voconia en est la preuve la plus convaincante) et le plus sûr moyen d'empêcher ce résultat était de les écarter des successions, testamentaires ou autres.

b) Privée des *præmia patrum*, la femme avait-elle été, par contre, exemptée des peines frappant le célibat ? En un mot était-elle restée complètement en dehors de la législation nouvelle ? Non, et cela résulte clairement du délai de *vacatio* accordé à la femme, à la suite de veuvage ou de divorce, et pendant lequel elle était affranchie de toute déchéance, ce qui

prouve qu'en dehors de ces délais, sa situation était régie par le droit commun, en ce qui concerne les incapacités.

Mais lui fallait-il trois enfants, ou bien suffisait-il d'un seul, comme à l'homme, pour ne plus être *cœlebs* ou *orba* ? La question n'est résolue nulle part et M. Accarias tend à penser que les conditions de l'*orbitas* et du célibat étaient les mêmes pour les deux sexes : un seul enfant aurait donc suffi. Cependant M. Machelard enseigne (p. 118 et suiv.) qu'il fallait trois ou quatre enfants à une femme, « *ter quaterve enixa* », pour pouvoir prétendre, sans restriction aucune, à tout ce qui lui été laissé par testament, pour jouir, en un mot, de la *solidi capacitas*. Quelle que soit d'ailleurs l'opinion que l'on adopte, on est d'accord pour dire que le *jus liberorum* ne donne jamais à la femme le droit d'user de la *caducorum vindictio*, qui fut toujours réservée aux personnes du sexe masculin.

§ III. — *Personnes occupant une situation intermédiaire*

19. — Il semble qu'en regard des personnes qui subissent les rigueurs des lois Caducaires, il n'y ait qu'à placer celles qui, au contraire, jouissent des privilèges créés par ces mêmes lois ; il n'en est cependant pas ainsi, et, en dehors des *patres*, il existait encore deux catégories de personnes, qui, tout en échappant aux peines, ne méritaient pas la faveur des récompenses : les *solidi capaces*, d'une part, et, d'autre part, les individus jouissant du *jus antiquum*.

Les uns et les autres devaient leur situation anormale à

certaines raisons particulières : pour les premiers, elle résultait de deux considérations différentes, soit qu'il y eût, pour eux, impossibilité d'obéir aux prescriptions de la loi, soit que l'interdiction de disposer en leur faveur eût fait violence à l'affection qui s'établit ordinairement, à raison des liens de famille ; pour les autres, elle était due à leur proche degré de parenté avec le défunt.

Nous aurons à voir en quoi les deux situations diffèrent, et celle des deux qui est la plus avantageuse ; voyons d'abord quelles étaient les personnes entrant dans les deux catégories et quelle était leur condition juridique.

1° *Sotidi capaces*

20. — On appelait ainsi, comme nous l'avons déjà dit, tous ceux qui devaient à leur impossibilité d'obéir aux lois ou à leur degré de parenté le bénéfice des circonstances atténuantes. Grâce à ces deux chefs d'immunité, les *sotidi capaces* avaient beau être *cœlibes* ou *orbi*, ils échappaient néanmoins aux peines qui atteignaient ces deux sortes d'incapables ; mais, exempts des peines, ils ne pouvaient non plus prétendre aux avantages réservés à la paternité ; d'une part ils n'étaient pas punis, de l'autre ils échappaient à toute récompense ; ils devaient se contenter de pouvoir recueillir *en entier* (*solidum*) les dispositions dont ils étaient l'objet et, en cela, leur position était préférable à celle des *cœlibes* et des *orbi* : mais ils n'étaient pas admis à partager tout ce qui

était enlevé aux incapables, par l'effet des *leges novæ* ; et à ce point de vue ils n'étaient pas favorisés comme les pères.

Ainsi le *solidi capax*, bien que *cœlebs* ou *orbus*, devait prendre en entier la part pour laquelle il avait été institué héritier ou qui lui avait été léguée ; de plus il profitait de la vacance des parts défaillantes *ab initio* et réputées non écrites, — mais il n'avait pas droit au bénéfice qui aurait pu résulter pour lui, *jure accrescendi*, de la part vacante d'un cohéritier ou d'un colégataire.

21. — Étaient *solidi capaces* en raison de leur impossibilité d'obéir à la loi :

a) Les *impubères*, et c'était logique puisque le mariage leur était interdit en raison de leur âge.

b) Ulpien (Reg. Titre 16) nous dit que la loi *Papia* avait fixé un âge au-dessous duquel le défaut d'enfant n'était pas puni : c'était 25 ans pour l'homme, 20 ans pour la femme ; par suite l'homme ou la femme mariés et sans enfants, mais n'ayant pas atteint l'âge « *a quâ lex liberos exigebat* », étaient exempts des peines de l'*orbitas* et *solidi capaces*.

c) Étaient exempts des peines du célibat jusqu'à l'âge de 25 ans ceux qui n'étaient pas mariés (Sozomène, *Hist. ecclésiast.* I. 9).

Toutefois il semble, d'après un texte de Tertullien (*Apolog.* Ch. IV), qu'il n'en fut pas toujours de même et que ce serait

seulement à partir de Septime Sévère qu'on aurait accordé le bénéfice de la *solidi capacitas* aux gens non mariés qui n'avaient pas 25 ans. Il y avait eu en effet jusqu'alors contradiction entre les deux lois Julia et Papia : la première n'exigeait le mariage qu'à 25 ans ; la seconde punissait de l'*orbitas* tous ceux qui n'avaient pas d'enfants, bien qu'au-dessous de 25 ans ; décision bien peu logique puisqu'elle atteignait précisément ceux qui, en raison de leur âge, étaient en droit de ne pas être mariés. Sévère fait disparaître cette contradiction et, dès lors, jusqu'à 25 ans, on fut exempt des peines du célibat et de l'*orbitas*. Toutefois on était obligé, en fait, de se marier avant 25 ans, pour échapper à l'*orbitas* en ayant des enfants au jour où on atteignait l'âge fixé.

d) Étaient *solidi capaces* les fiancés, alors même qu'ils eussent été cœlibes après l'âge de 25 ans. Il faut voir le motif de cette exemption dans le caractère reconnu aux *sponsalia* de l'ancien temps ; c'était un engagement solennel pris par chacun des deux futurs ou par leur père ; les parties restaient libres, il est vrai, de ne pas consentir au mariage, mais l'inexécution de la promesse entraînait l'infamie et le paiement de dommages-intérêts.

e) Les hommes âgés de 60 ans, les femmes de 50 ans (Ulp. Reg. 15 § 1). Les Romains estimaient en effet qu'à cet âge, l'homme et la femme étaient incapables d'avoir des enfants : croyance enracinée au point que l'on discuta longuement pour savoir si un enfant, né dans ces circonstances,

pouvait être considéré comme légitime. — Le sénatus-consulte Pernicien compléta, sur ce point, les dispositions des lois Julia et Papia, en refusant la *solidi capacitas* à tous ceux qui avaient atteint 60 ou 50 ans sans jamais se marier, « *licet ipsis legibus post hanc ætatem liberatus esset* ». On empêchait ainsi ceux qui avaient toujours bravé la loi de pouvoir se mettre, à un moment donné, à l'abri de ses sévérités. Enfin Ulpien nous parle d'un certain sénatus-consulte Claudien, en vertu duquel un sexagénaire devenait *solidi capax*, s'il épousait une femme de moins de 50 ans « *ac si minor sexaginta annorum duxisset uxorem* ». Mais si, à l'inverse, une femme de plus de 50 ans épouse un homme qui en a moins de 60, le mariage est impar et d'après le sénatus-consulte Calvitien, ne peut donner droit à l'acquisition des hérédités, des legs ou de la dot.

f) Les impuissants, quelle que fût la cause de leur infirmité. Il arrivait au contraire, parfois, qu'on distinguait entre l'impuissant naturel et le *castratus*, notamment en matière d'adoption (Instit. l. T. II § 9) ; cette distinction disparut dans le cas qui nous occupe (Dig. l. 128 de verb. signific.)

g) Les absents « *aut si vir absit et donec abest et intra annum postquam abesse desierit* » (Ulp. eodem loco.) D'ailleurs ce n'était pas une absence dans un but quelconque qui pouvait servir d'excuse : il fallait qu'elle eût lieu « *reipublicæ causa* », encore que le texte, plus haut cité, soit conçu

dans les termes les plus généraux ; car nous avons un autre texte formel de ce même Ulpien (Dig. 4, 6 loi 38) : « *Rei publicæ causa abesse eos solos intelligimus qui non sui commodi causa, sed coacti sunt.* »

On a soutenu pendant longtemps que le fils de famille, dont le père aurait empêché le mariage en refusant son consentement, était *solidi capax* : pourquoi punir en effet celui qui, voulant obéir aux lois, n'avait pu le faire par l'effet d'une volonté contraire à la sienne ? Cette doctrine a été abandonnée en présence du texte de Marcien (16. de ritu nupt.) qui nous apprend qu'en cas de refus non justifié du père de famille, on portait atteinte à son autorité toute puissante, en ayant recours au magistrat pour passer outre ; il n'y avait donc pas, en pareil cas, un motif d'exemption des peines pour le fils de famille.

22. — Il y avait encore des *solidi capaces* qui devaient leur exemption à leur degré de parenté ; malgré toute la rigueur des lois Caducaires et dans le but de ne pas les rendre trop odieuses, on dut tenir compte des sentiments innés au cœur de l'homme et l'affection que créent les liens du sang l'emporta sur les exigences politiques. — C'est sous l'influence de cette considération qu'on regarda comme *solidi capaces* les *cognati* jusqu'au sixième degré ; on étendit la même faveur d'abord au fils, puis à la fille du *sobrinus* ou de la *sobrina* Fragm. Vatic. 216. — Cette situation privilégiée faite aux *cognati*, leur avait déjà été reconnue en d'autres matières, notamment par la loi *Cincia*, en matière de dona-

tion, et par la loi Furia, qui défendait de léguer à personne au delà de mille as.

Mêmes avantages pour les *ad fines* c'est-à-dire les alliés. La difficulté est seulement de savoir quels alliés jouissaient de l'immunité : les paragraphes 218 et 219 du *Fragm-Vatic.* nous sont arrivés incomplets ; toutefois il semble permis de les compléter par le paragraphe 302 des mêmes *Fragm.*, qui donne une énumération à propos de la loi *Cincia*. Les alliés considérés comme *solidi capaces* étaient donc seulement tous les alliés en ligne directe ; toutefois il ne faut pas appliquer complètement le paragraphe 302 à notre sujet ; car il résulte des mots « *unquam fuerunt* » du paragraphe 218 que l'alliance comptait même après que la cause en avait disparu et il n'en était pas de même au cas de donation d'après le *fragm.* 303.

2^e Personnes jouissant du *jus antiquum*

23.— A côté des *solidi capaces*, dont la condition juridique ne donne lieu à aucune controverse, Ulpien nous signale une autre catégorie de personnes dans la rubrique du titre 18 de ses *Regulæ* « *qui habeant jus antiquum in caducis* : » — S'agit-il de savoir quelles sont les personnes ainsi désignées ? Pas de difficultés : ce sont les descendants « *liberi* » et les ascendants « *parentes* » jusqu'au troisième degré, « *usque ad tertium gradum.* »

Quant au motif auquel on obéit en créant pour eux une situation de faveur, Justinien l'indique tout au long dans sa

constitution de caducis tollendis: « suum imponere jugum erubuit » ; le législateur, pris de scrupule, n'avait pas voulu que certaines personnes, parentes du défunt, fussent obligées de subir le joug de ses nouvelles lois ; c'était la même raison qui avait déjà valu la *solidi capacitas* à certains cognati et aux *adfinés* en ligne directe.

24. — Mais quand il s'agit de comparer la *solidi capacitas* et le *jus antiquum*, en déterminant exactement les avantages auxquels ce dernier donnait lieu, c'est alors que naissent les difficultés. Plusieurs questions se posent, qui, pour la plupart, ont donné lieu à des opinions diverses :

a) En quoi consiste le *jus antiquum* ?

b) Sur quoi porte-t-il ?

c) Est-il plus ou moins avantageux que la *solidi capacitas*, et où réside la différence ?

Ces trois questions ont, entre elles, un lien intime, si bien que, de la solution donnée à l'une d'elles, découlera naturellement celle des autres.

25. — Et tout d'abord, à n'examiner que la rubrique d'Ulpien « qui habeant *jus antiquum* in caducis », il semble hors de doute qu'à l'égard de certaines personnes, ascendants ou descendants du défunt, la loi a maintenu le droit ancien, le *jus antiquum*, et que, par là même, leur situation est réglée

d'après les anciens principes en vigueur avant les lois Caducaires, sans pouvoir souffrir des lois nouvelles, mais aussi sans pouvoir en profiter ; par suite, ces personnes sont absolument en dehors de l'application des *leges novæ*. Le fait, pour elles, d'être sans enfants ou célibataires n'entraîne pas les peines qui punissaient généralement le *cœlebs* ou l'*orbus* ; mais, par contre, elles n'étaient pas admises à jouir des avantages réservés exclusivement à la paternité : soustraites à toutes les déchéances, elles étaient aussi étrangères aux récompenses. Si donc une disposition testamentaire ne manquait son effet que parce qu'elle s'adressait au *cœlebs* ou à un *orbus*, si, en d'autres termes, elle devait sa caducité aux lois Julia et Papia, les descendants et ascendants ne pouvaient jamais user de la *caducorum vindictio* ; leur droit se bornait seulement à la jouissance de l'ancien *jus accrescendi*, et la part, qui leur était faite par le testateur, ne s'augmentait à leur profit, qu'autant que le permettaient les anciens principes.

Un exemple fera mieux comprendre ce qui précède. — Supposons qu'un testateur laisse pour héritiers testamentaires 1 son fils, 2 *cœlebs*, et 3 *pater*. L'institution de 2 est caduque par suite du *jus novum* : à qui profitera-t-elle ? A 3 seul et non pas à 1 — Que si 2, au lieu d'être *cœlebs* ou *orbus*, avait simplement refusé de faire adition, si, d'une manière générale, la disposition dont il était l'objet était devenue vacante *jure antiquo*, alors 1 concourrait, grâce au *jus accrescendi*, avec 3 sur la part vacante : ils auraient donc chacun la moitié de la succession.

Telle est, semble-t-il, la situation faite aux personnes ayant le *jus antiquum* ; on peut ainsi la résumer : exemption des peines nouvelles, impossibilité de profiter des *jura patrum* (et jusqu'ici analogie complète avec la *solidi capacitas*), mais maintien des avantages créés par le droit d'accroissement.

26. — Beaucoup d'auteurs ont cependant enseigné que le *jus antiquum* ne se bornait pas au cas où la défaillance était le résultat des anciennes règles, mais s'appliquait encore lorsqu'on se trouvait en présence de l'une des incapacités introduites par les lois nouvelles. Ainsi, pour en revenir à l'exemple cité plus haut, 1 aura droit à la moitié de la part de 2 dans les deux hypothèses prévues, même au cas où la disposition dont il s'agit de recueillir le bénéfice, n'échappe à son destinataire que par l'effet des déchéances créées par le droit nouveau — Malgré toute l'autorité des défenseurs de cette thèse et notamment de MM. Otolan et Machelard, nous croyons devoir nous arrêter à la première solution que nous avons donnée. Voyons sur quoi se fondent nos adversaires et essayons de réfuter leurs arguments.

Citons tout d'abord le texte d'Ulpien d'où résulte la controverse :

« Qui habeant *jus antiquum* in caducis — Item liberis et
« parentibus testatoris usque ad tertium gradum, lex Papia
« *jus antiquum* dedit, ut heredibus illis institutis, quod quis
« ex eo testamento non capit, ad hos pertineat aut toto aut
« pro parte, prout pertinere possit. »

27. — « *Jus antiquum in caducis* » : ne résulte-t-il pas de ces mots, dit M. Machelard, que le droit ainsi désigné porte sur les *caduca* et que, par suite, les personnes qui en jouissent peuvent prétendre même aux dispositions caduques *secundum leges novas* ? N'est-ce pas l'extension pure et simple du *jus accrescendi* ? — A cela nous répondrons qu'on peut très bien traduire ces mots par « droit ancien d'après les lois *Caducaires* » et que la question de savoir sur quoi porte précisément ce droit ancien n'est pas tranchée par eux. Quant au mot « *caduca* » nous aurons à faire remarquer plus tard que les jurisconsultes ne l'employaient pas toujours *stricto sensu* et que, bien souvent, il désignait des dispositions testamentaires sur lesquelles ascendants et descendants pouvaient certainement élever de prétentions.

On réplique que le mot « *antiquum* » tient uniquement à l'origine du droit d'accroissement et qu'il n'a pas pour but d'en restreindre la portée ; — mais n'eût-il pas été singulier de parler du *jus antiquum* pour recueillir des dispositions dont l'ancien droit ignorait la vacance, et n'est-ce pas plutôt la preuve d'une antithèse avec le *jus novum*, avec le droit nouvellement créé ?

28. — Enfin, dit-on, Ulpien s'est exprimé de la façon la plus générale, lorsqu'il écrit que le *jus antiquum* porte sur « *quod quis ex eo testamento non capit* » c'est-à-dire sur toutes les dispositions qui manquent leur effet, quelle que soit la cause de leur défaillance. Et plus loin « *auttotum aut parte* » en totalité ou pour partie. Qu'est-ce à dire, sinon qu'il y a un

concours possible des personnes ayant le *jus antiquum* avec d'autres personnes, concours par suite duquel les premières ne toucheront pas toujours la totalité des *caduca* ?

Mais pour ce dernier passage, n'est-il pas naturel de l'entendre en ce sens que l'héritier institué aura tout ou partie de la part vacante *jure accersendi*, suivant qu'il y aura d'autres héritiers ou qu'il sera seul, sans supposer que l'héritier en concours est nécessairement un *pater* ? Quant à l'argument tiré de la généralité de l'autre passage, on peut dire qu'Ulpien ne laisse point du tout supposer une part vacante, parce qu'elle est déférée à un *cœlebs* ou à un *orbus* et qu'il a très bien pu n'avoir en vue qu'une défaillance en vertu des anciens principes.

Vainement on nous opposera que le degré de parenté est si rapproché qu'aux yeux du législateur il a pu l'emporter sur la faveur attachée à la paternité ; que descendants et ascendants ont, pour venir à la succession d'un testateur, un titre au moins aussi puissant qu'un *pater*, souvent étranger à la famille. Malgré le poids que peut avoir cette considération, toute d'équité, il faut se rappeler sans cesse que les lois *Caducaires* ont été guidées par l'intérêt général bien plus que par le souci de l'intérêt de chacun, quelque respectable qu'il pût être. Partant d'un tel principe, il était inévitable qu'elles auraient souvent à ne pas tenir compte des affections les plus chères. Aussi en présence des avantages si nombreux et si exorbitants donnés à la paternité, comment admettre que des descendants ou des ascendants, malgré leur état de *cœlibes* ou d'*orbi*, puissent participer aux *præmia patrum* ? Cette

conclusion conduit, certes, au mépris des titres les plus sérieux à l'indulgence du législateur ; mais elle a, au moins, le mérite d'être logique et de tenir compte de l'esprit exclusif, qui présida à l'élaboration des lois Caducaires.

29. — Du reste la doctrine de M. Machelard conduit à ce résultat bien inattendu que non seulement les personnes ayant le *jus antiquum* auront droit, tout comme les *patres*, à la *caducorum vindicatio*, mais aussi que leur situation sera préférable à celle de ces derniers ; il seraient donc, je ne dis pas également, mais mieux traités que ceux pour qui on avait cru devoir réserver tous les avantages — Et en effet, à l'égard des descendants et ascendants, on appliquait les règles de l'ancien droit d'accroissement, qui se faisait *sine onere*, tandis que la *caducorum vindicatio* avait lieu *cum onere*. — Or, sans même tenir compte de ce qu'il y a d'étrange et d'illogique à admettre les personnes, ayant le *jus antiquum*, à partager les mêmes faveurs que les *patres*, comment, au cas de concours, répartir les charges dont était grevée la part vacante ? Qui paiera la part de charges proportionnelle à ce qui accroîtra à un descendant, par exemple, puisque, pour lui, l'accroissement a lieu *sine onere* ? Et, d'autre part, quel principe pourrait-on bien invoquer pour obliger le *pater* à payer en entier les charges attachées à une disposition dont il ne profite qu'en partie ? Si d'ailleurs la charge eût été indivisible, comment les choses se seraient-elles donc passées ! Enfin, en admettant même la possibilité d'un concours, lequel des deux privilèges l'emportera sur l'autre ? Y aura-t-il conflit ou partage ? — On

voit par là à quelles difficultés on aboutit lorsqu'on admet, un instant, la possibilité d'un concours (1). Nous arriverons donc à cette solution que le *jus antiquum* et la *caducorum vindicatio* portaient sur des dispositions vacantes pour un motif bien différent : toutes les fois que la défaillance proviendra de l'application des *leges novæ*, le *pater* seul aura droit d'en profiter ; mais dans le cas contraire, il faudra s'en référer aux seuls principes du droit d'accroissement.

Nous dirons donc pour conclure que la *solidi capacitas*, le *jus antiquum* et les *præmia patrum* avaient chacun leur ressort bien limité et bien distinct. Le *solidi capax* pouvait recueillir seulement sa part et n'avait pas même le droit de profiter d'une portion vacante d'après les anciens principes du droit d'accroissement ; celui qui jouit du *jus antiquum* peut, au contraire, recueillir, en dehors de sa part, les parts vacantes *jure antiquo* ; mais au *pater* seul, il était donné de profiter des parts *caduques jure novo*.

30. — Dès lors il nous sera facile, après ce qui précède, de dire en quoi le *jus antiquum* différerait de la *solidi capacitas*.

(1) Il est vrai toutefois que, même dans notre opinion, les inconvénients du concours se présenteront à l'égard des dispositions *in causa caduci* (c'est-à-dire vacantes *jure antiquo*) ; car les pères peuvent aussi bien y prétendre que les descendants ou ascendants. Mais c'est précisément à cause des difficultés que suppose un conflit, s'il s'agit d'*in causa caduci*, que nous ne l'admettrons pas en matière de *caduca* ; à quoi bon augmenter les complications en supposant le concours possible même sur les *caduca* ? Un texte formel pourrait seul nous y contraindre : Or il n'en existe point dont l'autorité soit assez grande pour nous réfréner à cette extrémité.

Sur un point, la situation est la même : c'est, si on les compare aux cœlibes et aux orbi, lorsqu'on reconnaît aux personnes de l'une ou l'autre catégorie le droit de garder en entier les dispositions dont elles sont bénéficiaires, *solidum*. Mais les ascendants et descendants jouissent encore de deux prérogatives ; ils peuvent prétendre aux parts défaillantes, toutes les fois que l'ancien *jus accrescendi* s'applique ; ils profitent des legs qui peuvent leur être imposés en qualité d'héritiers, quand ces légataires font défaut. Ces deux avantages échappent aux *solidi capaces*, et c'est justice puisque leur titre de faveur a bien moins de valeur que celui des descendants ou ascendants.

A ces deux avantages, il est vrai, M. Machelard en ajoute un troisième : celui qui résulterait du droit, pour le *jus antiquum*, de concourir, sur les *caduca*, avec le *jus patrum*. Nous avons repoussé cette manière de voir et, comme conséquence nous dirons que, pour les *solidi capaces* et les personnes ayant le *jus antiquum*, l'utilité d'une substitution réciproque, invicem, était la même. Reprenons notre exemple : Un testateur laisse 1 son fils, 2 cœlebs, 3 pater ; supposons qu'il y ait entre eux substitution réciproque ; 1 partagera avec 3 la part de 2, et cela, qu'il soit *solidi capax* ou qu'il ait le *jus antiquum* : dans les deux cas, l'avantage est évident puisque, sans la substitution, 1 ne saurait prétendre à un *caducum*. M. Machelard enseigne, au contraire, que la substitution n'est utile que pour le *solidi capax*, le *jus antiquum* portant, d'après lui, sur les *caduca*, en l'absence de toute substitution.

Appendice : APERTURA TABULARUM

Nous venons d'étudier les différentes catégories de personnes que suppose l'application des lois caducaires. A quelle époque fallait-il se placer pour examiner la condition de chacun ?

Faisons remarquer, tout d'abord, sauf à revenir plus tard sur ce point, que le système des *leges novæ* ne portait que sur les dispositions testamentaires. Or, dans l'ancien droit, on se plaçait à deux époques lorsqu'il s'agissait de savoir si un testament pouvait produire son effet. Les Institutes nous disent en effet : « Et id duobus temporibus inspicitur ; testamento mentum quidem facti, ut constiterit institutio ». Par suite deux questions se posaient :

1^o Au jour du testament, est-ce que l'institué était apte à bénéficier d'une disposition testamentaire ? Avait-il, en un mot, la *testamenti factio* ? S'il ne l'était pas, le testament était nul ab initio.

2^o Au jour du décès du testateur, l'institué avait-il conservé sa capacité et pouvait-il toujours recueillir l'héritage ou le legs ? Avait-il le *jus capiendi* ?

Grande était la différence entre les deux questions ; car tel jouissait de la *testamenti factio* qui n'avait pas le *jus capiendi* ; tel pouvait figurer dans un testament sans l'annuler qui n'était cependant pas admis à en tirer profit au jour du décès du testateur (par exemple les Latins Junien, d'après la loi

Junia Norbana). Or nous savons que c'était aussi la situation faite aux cœlibes et aux orbi : « heredes institui possunt, sed capere non possunt », pouvait-on dire d'eux.

Toutefois Auguste améliora le sort qui avait été, jusqu'alors, celui des personnes n'ayant pas le jus capiendi : et au lieu de se placer à l'instant même du décès pour savoir si les institués avaient capacité complète, il recula, d'une part, la délation de l'hérédité, le dies cedens, au jour de l'ouverture du testament, et accorda, d'autre part, un délai de cent jours après cette ouverture pour qu'on pût se mettre en règle.

Si donc un héritier testamentaire s'était marié dans le délai fixé, eût-il toujours été célibataire jusque-là, il n'était pas atteint des peines du célibat. Ulpien nous dit en effet (Reg. 17, § 1) : « nec intra dies centum vel cœlebs legi paruerit ». Ce texte ne parle que du cœlebs, mais il est logique de croire que la naissance d'un enfant pendant les cent jours empêchait son père d'être considéré comme orbus.

Quant à la formalité de l'apertura tabularum, elle était la conséquence d'une certaine loi vices-maria, qui frappait d'un impôt du vingtième les dispositions testamentaires. Pour assurer le paiement de cet impôt, on faisait ouvrir le testament par des magistrats. Auguste fut même obligé, nous venons de le voir, de repousser l'adition d'hérédité après cette ouverture, afin d'intéresser les institués eux-mêmes à l'accomplissement de cette formalité, et surtout de multiplier les causes de caducité ; car on retardait aussi l'acquisition des parts héréditaires de manière à rendre possible, dans l'intervalle, une déchéance qui profitait aux privilégiés.

Un célibataire et un orbus pouvaient donc échapper aux conséquences des lois Caducaires, en se mettant en règle dans un délai de cent jours ; et ce délai, au lieu de courir du moment du décès, ne partait que de l'*apertura tabularum*, laquelle avait lieu généralement dans les quatre ou cinq jours du décès.

CHAPITRE II

SUR QUOI PORTENT LES LOIS CADUCAIRES

32. — Quelles étaient les dispositions de dernière volonté auxquelles s'étendaient les lois Caducaires ? Seules étaient atteintes les successions testamentaires, et les hérités ab intestat furent toujours respectées. Ulpien, en effet, en parlant des caduca, nous dit qu'ils portaient sur « quod quis *testamento* relictum », sur ce qui était laissé par testament.

Ce point une fois établi, il ne faudrait pas croire que les *leges novæ* atteignaient tout testament, quel qu'il fût ; il fallait au moins que ce testament fût valable en partie : si donc il s'adressait à un incapax, à un cœlebs par exemple, la succession ab intestat s'ouvrait et il n'y avait pas lieu à *caducorum vindicatio*, pas même au profit de l'*ærarium*, qui cependant ne faisait jamais défaut (Gaius II, 144). Au contraire,

l'institué était-il seulement orbus, son incapacité était bornée à la moitié de la disposition ; le testament subsistait au moins pour partie et le trésor, à défaut de tout pater légataire, pouvait revendiquer le caducum.

D'ailleurs, même en présence d'un testament valable au moins en partie, il y avait des dispositions auxquelles les lois Caducaires restaient étrangères. Justinien, en effet (Code VI. 51. § 1 à 5), divise les dispositions testamentaires qui manquent leur effet en trois classes : les caduca, les in causa caduci, les pro non scriptis.

I. *Caduca.*

33. — On appelait ainsi toutes les dispositions testamentaires qui, valables jure civili, devaient leur inefficacité à l'application du jus novum. C'est l'opinion la plus ancienne et la plus répandue, celle de MM. Ortolan et Accarias. Elle repose sur un texte que, vu son importance, nous croyons devoir citer en entier :

« Quod quis sibi testamento relictum ita est jure civili
« capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum ap-
« pellatur, velut ceciderit ab eo : verbi gratia si coelibit vel
« latino juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel
« coelebs legi paruerit, vel Latinus jus Quiritium consecutus
« sit ; aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante aper-
« tas tabulas decesserit vel pereger factus sit. » (Rég. t. 17).

Ce texte prouve clairement qu'un caducum est une disposition testamentaire dont on aurait pu profiter, si le jus civile avait été seul applicable « ita ut jure civili capere possit » mais qui, pour une raison quelconque, « aliqua ex causa » vient à manquer son effet et tombe pour ainsi dire, des mains du bénéficiaire « velut ceciderit ab eo » (1).

Ulpien se serait-il exprimé de cette façon s'il s'était agi d'une part vacante d'après les anciens principes ? Supposons, par exemple, que l'héritier ait refusé de faire addition : le jurisconsulte aurait-il pu dire que cette disposition pouvait être recueillie d'après le droit civil, mais qu'elle était caduque « velut ceciderit ab eo » ? Ces derniers mots n'indiquent-ils pas que la caducité provient uniquement de la condition sociale du destinataire ? Car il s'agit d'une disposition qu'on aurait pu recueillir, « capere possit », mais qui vous échappe, malgré tout le désir qu'on aurait eu d'en profiter.

D'ailleurs la fin du texte et les exemples que nous donne Ulpien viennent nous apporter un appui considérable : bien que ce soit à titre d'exemples, « verbi gratia », il n'en est pas moins vrai cependant que tous sont puisés dans des espèces où les parts sont défailtantes jure novo, qu'il s'agisse d'un Latin Junien en vertu de la loi Junia Norbana, ou d'un

(1) C'est la première fois que le mot caducum apparaît dans la langue latine : après avoir été pendant longtemps un simple adjectif, il se transforma en substantif. Dans la suite, son sens a pu s'élargir et comprendre d'autres cas que celui pour lequel il avait été créé tout d'abord, mais il n'est pas douteux qu'à l'origine, stricto sensu, il ne se soit appliqué qu'aux dispositions testamentaires tombant sous le coup des leges novæ. (Ortolan).

cœlebs qui n'a pas obéi à la loi dans les cent jours du décès.

Il y aurait donc, dans ce système, 3 cas de caducité secundum leges novas ;

a) Celui du Latin Junien

b) Celui de l'orbus, du cœlebs et du pater solitarius

c) Celui de l'héritier institué ou du légataire mort ou devenu pérégrin avant l'ouverture du testament, mais après le décès du testateur.

34. — La façon dont nous venons d'interpréter le texte d'Ulpien n'est cependant pas universellement admise, et une autre doctrine enseigne qu'il ne faut pas placer le critérium de la différence entre caduca et in causa caduci dans les causes de la défaillance elle-même, mais qu'il convient plutôt de s'attacher à la date à laquelle s'est produite cette défaillance : ainsi a-t-elle eu lieu *vivo testatore*, on est en présence d'une disposition in causa caduci ; au contraire *mortuo testatore*, on a affaire à un caducum. Ce système s'appuie sur la Constitution de Justinien (code 6.51 § 2). « Vel mortuo jam testatore hoc, quod relictum erat, deficiebat, quod aperta voce caducum nuncupabatur ». — On fait aussi remarquer la généralité du texte d'Ulpien qui donne le nom de caducum à tout ce qui tombe, pour quelque cause que ce soit, « aliqua ex causa » et ne laisse même pas supposer que la caducité soit l'effet des leges novæ.

D'ailleurs, dit-on, le jurisconsulte n'a fait que citer des exemples ; tous les cas de caducité ne sont pas énumérés, ainsi celui de l'orbus ; dès lors pourquoi ne pas supposer aussi l'oubli des dispositions *in causa caduci* ? — Enfin souvent il arrive de désigner du nom de caducum des parts qui venaient à défaillir d'après les anciens principes : ainsi Ulpien lui-même (Reg. 19. § 7) dit que le caducum et l'ereptorium donnent lieu à une acquisition *lege* ; or, dans ce texte, le mot caducum comprend évidemment même les dispositions *in causa caduci*. De même (Reg. 1. § 21) la part de celui qui refuse l'hérédité nous est présentée comme caduque ; de même encore, titre 24 § 12 et 13 des *Regulæ*. — Cette doctrine aboutit à créer d'autres cas de caducité que ceux que nous avons énumérés précédemment ; et, d'après elle, il y aurait caducum toutes les fois que l'institué mourait, était frappé de *capitis deminutio* ou renonçait après l'ouverture du testament. Pour nous, au contraire, il ne faudrait voir là que des *in causa caduci*.

35. — Cherchons à réfuter les arguments qui nous sont opposés. Au texte d'Ulpien, on réplique par la constitution de Justinien qui, dit-on, est des plus explicites. Mais c'est oublier qu'en la matière qui nous occupe, les deux textes ne peuvent pas présenter pour nous la même valeur : Ulpien vivait au temps où les lois Caducaires étaient le plus florissantes ; il connaissait donc exactement la portée et le sens des mots nouvellement créés ; dans la définition qu'il nous a donnée du caducum, il a dû peser ses expressions, pour bien

marquer en quoi il consistait ; et la propriété des termes avait une importance capitale, alors que les lois nouvelles étaient dans toute leur splendeur. Justinien, au contraire, n'était pas tenu de donner aux mots leur sens technique et originaire, et la raison en est bien simple : c'est qu'à l'époque où il vivait, les causes de déchéances avaient presque entièrement disparu, et n'existaient plus qu'à l'état de souvenir. L'empereur était donc moins préoccupé, dans sa Constitution, de donner une définition rigoureuse que d'abroger ce qui, depuis longtemps, était tombé en désuétude (1). Il est d'ailleurs possible de relever quelques erreurs dans le texte de Justinien, ce qui en diminue bien l'autorité ; c'est ainsi qu'il range parmi les *in causa caduci*, c'est-à-dire au nombre des dispositions qui ont été valables au moins *ab initio*, les libéralités faites sous condition, quand la condition vient à défaillir. Or, de l'avis de tous, de semblables libéralités, par suite de la défaillance de la condition, n'ont jamais fait naître le moindre droit, ni été valables un seul instant ; elles ne faisaient donc pas partie des *in causa caduci*.

36. — L'argument tiré de la généralité des expressions d'Ulpien ne nous arrêtera pas davantage ; car si l'on peut tra-

(1) Toutefois il se peut qu'avec le temps la notion du *caducum* se soit profondément modifiée et que celle que Justinien nous en a laissée nous donne bien l'état du droit à son époque ; il n'en reste pas moins certain, à nos yeux, qu'à l'origine, le *caducum* n'était pas simplement toute disposition défaillante *mortuo testatore* ; et nous préférons nous en tenir au texte d'Ulpien qui, par l'antithèse qu'il nous présente du *jus civile* et du *jus novum*, nous donne le critérium auquel on reconnaîtra la caducité proprement dite.

duire ces mots « *aliqua ex causa non ceperit* » par disposition défailante pour une raison quelconque, il ne faut pas les séparer du reste de la phrase.

Les mots qui précèdent et nous parlent du jus civile sont là pour nous indiquer qu'il s'agit seulement des défaillances autres que celles prévues par ce même droit civil. Qu'on ne nous dise donc pas qu'Ulpien n'a point pris garde aux causes de déchéance ; car pour être logique, il faudrait aller jusqu'à soutenir que le mot *caducum* désigne d'une manière générale toutes les dispositions qui manquent leur effet, quel que soit le motif ou la date de la défaillance, ce qui comprendrait même le cas où l'institué est mort avant le testateur ; or pareille hypothèse, de l'avis de tous et quelle que soit la doctrine que l'on adopte, faisait partie des *in causa caduci*. — Nous ne traduirons donc pas les mots « *aliqua ex causa* » en disant simplement qu'il s'agit d'une raison quelconque de défaillance ; ajoutons-y ces mots, sous-entendus par Ulpien et traduisons ainsi la première partie du texte : « On appelle « *caducum* toute disposition testamentaire, valable jure civili, « mais que l'intéressé n'aura pu recueillir pour une raison « quelconque, *autre que celles tirées du droit civil*. »

37. — On nous oppose encore qu'Ulpien n'a fait que citer des exemples. N'est-il pas probant, au contraire, de voir que tous ceux qui nous sont donnés visent précisément des applications des *leges novæ* ?

Et n'est-il pas logique, semble-t-il, de compléter l'énumération par des cas de même nature ? Pourquoi supposer gra-

tivement l'oubli de dispositions dont la défaillance est d'ordre bien différent ? Et ne vaut-il pas mieux conclure du même au même ? L'argument invoqué peut donc être retourné contre nos adversaires eux-mêmes.

Enfin Ulpien lui-même, dit-on, comprend souvent sous le nom de *caduca* des parts qui venaient défaillir d'après les anciens principes, et on cite plusieurs textes à l'appui. Disons simplement que dans la pratique on était souvent appelé à confondre les *caduca* et les *in causa caduci*, pour l'excellente raison que les *præmia patrum* portaient sur les uns et les autres et qu'à ce point de vue, il n'y avait pas intérêt à distinguer ; cela n'empêche pas le *fragm.* du titre 17 de conserver toute sa portée ; car Ulpien voulait donner une définition ; il était obligé de donner au mot *caducum* son sens propre et précis.

Terminons cette discussion en faisant remarquer que la Constitution de Justinien a eu pour effet de supprimer les *caduca* ; il faudrait donc en conclure, si l'on adoptait la doctrine que nous avons combattue, qu'il a aussi supprimé la défaillance provenant du refus d'un héritier ou d'un légataire, refus exprimé après la mort du testateur, puisque c'était un cas de *caducité*. Or cette conséquence est inadmissible et dès lors comment admettre l'opinion dont elle n'est que le résultat ?

38. — Bref, et pour nous résumer, le *caducum*, au sens propre du mot, était toute disposition testamentaire valable *jure civili* et atteinte *jure novo* ; ce qui le distingue des autres dispositions, c'est la cause de sa déchéance et non pas la date à laquelle elle a eù lieu.

II. — *In causa caduci.*

39. — En regard des caduca, les *in causa caduci* sont les dispositions testamentaires dont la défaillance a pour cause les anciens principes, le *jus civile*. Ces dispositions, tout comme les caduca, ont été valables *ab initio* ; mais si la libéralité s'évanouit, c'est un résultat auquel les lois Caducaires, le *jus novum* sont absolument étrangers.

Etaient réputées *in causa caduci* les parts d'un institué ou d'un légataire :

a) lorsqu'ils répudiaient la libéralité après la mort du testateur ;

b) lorsqu'ils mouraient avant le testateur ;

c) lorsqu'ils mouraient après l'*apertura tabularum*(1). Cette formalité sert de point d'arrêt à la *caducorum vindicatio*. Cependant, comme on avait accordé cent jours aux cœlibes et aux *orbi* pour purger leur incapacité, et que l'*apertura tabularum* avait lieu dans les quatre ou cinq jours du décès, la *caducorum vindicatio* subsistait, après l'ouverture du

(1) C'était donc seulement lorsque l'institué mourait après le testateur, mais avant l'ouverture du testament, que la disposition à laquelle il était appelé devenait *in caducum* : C'était bien en effet une déchéance *secundum leges novas*, puisque la formalité de l'*apertura tabularum* était l'œuvre de ces lois,

testament, à l'égard des dispositions faites au profit des différents intéressés qui ne se seront pas mis en règle.

40. — Dans une seconde opinion, conséquence de celle que nous avons déjà signalée à propos du caducum, on regarde comme *in causa caduci* les dispositions dont la défaillance se produit avant le décès du testateur. Il n'y aurait après que deux cas de quasi caducité.

a) celui où l'intéressé mourait avant le testateur;

b) celui d'une disposition conditionnelle lorsque la condition venait à défaillir avant le décès du testateur.

Pour le premier cas, aucune contestation possible. Mais le second présente des difficultés; car il n'est pas douteux qu'une disposition faite sous condition suspensive, n'a d'existence légale qu'autant que cette condition se réalise; et, ici, elle fait précisément défaut. C'est donc comme si la libéralité avait été nulle *ab initio*. Or les *in causa caduci*, de l'avis général, sont valables *ab initio*; c'est-à-dire, que si l'on se place au moment où le testament a pris naissance, l'intéressé était en situation d'en recueillir le bénéfice, au cas de mort immédiate du testateur. Justinien a donc eu tort de faire figurer le cas sur lequel nous raisonnons au milieu des *in causa caduci*; et puisque la disposition n'a jamais été valable, nous la regarderons comme *pro non scripta*.

Nous ne nous attacherons pas à réfuter de nouveau la doctrine qui prend pour point de départ la date de la défaillance;

ce que nous avons dit à propos du *caducum* peut se répéter ici. Remarquons seulement que lorsqu'on en examine les conséquences respectives, cette opinion diffère de la nôtre en ce qu'elle met, au nombre des *caduca*, certaines dispositions que nous avons fait figurer parmi les *quasi-caducues* ; il s'agit des cas où l'institué répudie ou meurt après l'*apertura tabularum*.

Reste à nous demander s'il y a intérêt pratique à distinguer les *caduca* et les *in causa caduci*, question indépendante du parti que l'on prend lorsqu'on recherche où réside le critérium de distinction entre ces différentes dispositions. Sur ce point encore, deux opinions se sont fait jour : nous les avons signalées à propos de la portée reconnue au *jus antiquum*. — Dans l'une, dit-on, aucun avantage à distinguer les deux sortes de libéralités, puisqu'elles sont gouvernées par les mêmes règles et que, sur les unes et les autres, les *patres* et les personnes ayant le *jus antiquum* ont des droits identiques et concourent entre eux. Dans l'autre, au contraire, et c'est celle que nous avons adoptée, l'intérêt pratique est évident, puisque le droit des descendants et ascendants ne peut s'exercer que sur les *in causa caduci*, les *caduca* étant réservés aux *patres* seuls. Et en effet comment expliquer que, même du temps de Justinien, on se soit attaché à séparer soigneusement les *caduca* des *in causa caduci*, si on doit les soumettre au même régime ? Que nous importerait la date ou la cause de la défaillance, si tous les cas de *caducité* recevaient la même solution ? On est donc fondé à dire que, différentes

dans leur principe, ces deux sortes de dispositions devaient aussi obéir à des règles diverses ; et si les unes étaient l'apanage de la paternité, les autres constituaient l'unique bénéfice des descendants et des ascendants jusqu'au troisième degré.

Quant à l'expression même de *in causa caduci*, elle montre clairement que nous sommes en face de dispositions partageant, vis-à-vis des patres, la condition des *caduca*. Toutefois, et bien que le traitement soit le même, on comprend facilement qu'il y ait deux qualifications différentes et que le nom de *caduca* n'ait pas été donné aux dispositions dont nous nous occupons. En effet « les patres ne sont que des substitués, qui, par la faveur de la loi, viennent prendre ce qui échappe à quelqu'un et qui tombe de leurs mains, *caducum*. Ici on va bien plus loin, puisqu'en réalité on fait revivre des dispositions tombées à néant, à une époque où elles n'étaient qu'à l'état de projet. Quand il y a vocation ouverte au profit d'un individu et que cette vocation reste sans résultat, on conçoit que cet appelé soit remplacé par un autre ; quand, au contraire, cette vocation même fait défaut, il est difficile de s'expliquer qu'il y ait subrogation à des droits qui n'ont jamais existé. — » (Machelard. 186). Il n'y a donc pas, dans ce dernier cas, de disposition qui échappe à quelqu'un en dépit de sa volonté d'en profiter ; par suite pas de *caducum*. Il fallait donc un mot différent pour qualifier des dispositions ne présentant pas les mêmes caractères.

III. — *Pro non scriptis*

43. — On appelait ainsi les dispositions testamentaires nulles dès l'origine, celles qui n'avaient fait aucune impression sur la tête du gratifié. A l'égard de ces dispositions, les lois Caducaires ne s'appliquent jamais ; les anciennes règles ont été maintenues, et notamment le jus accrescendi, même au profit de ceux qui n'étaient ni les ascendants ni les descendants du testateur ; par suite les solidi capaces pouvaient y prétendre, et c'était même là leur unique bénéfice, en dehors de la part qui leur avait été laissée.

Si donc l'on se trouvait en présence d'une institution partielle non écrite, sa nullité profitait au cohéritier conjunctus ou, à son défaut, aux autres héritiers ; au contraire, le legs pro non scripto était recueilli par le colégataire conjunctus, ou, à son défaut, dégrevait la part de l'héritier qui en était chargé.

Les dispositions testamentaires étaient réputées pro non scriptis, c'est-à-dire, n'avoir jamais été écrites, si, au moment du testament, l'institué ou le légataire étaient déjà morts ou dépourvus de la factio testamenti grâce à leur qualité de pérégrins (Gaius 1, § 25) ou de personæ incertæ (Ulpien Reg. 22. 4), ou d'esclaves sans maître, ou d'esclaves dont le maître ne pouvait lui-même être institué par le testateur (Dig. 1. 28, t. 5, l. 31 pr.) ou de servi pœnæ, ou enfin de prisonniers chez l'ennemi, sans que plus tard ils aient pu revenir.

44. — Résumons, en quelques lignes, les principes exposés dans ce chapitre : les lois Caducaires, étrangères à la succession ab intestat, supposaient des dispositions testamentaires valables au moins pour partie. Les unes, les caduca, étaient réservées aux patres. Les autres, les in causa caduci, faisaient encore partie des præmia patrum, mais elles avaient d'autres compétiteurs que les patres : c'étaient les personnes jouissant du jus antiquum ; les dernières enfin, réputées pro non scriptis, étaient restées en dehors de l'application des lois nouvelles : à leur égard, la qualité d'orbus ou de cœlebs était absolument indifférente.

IV. — *Extension aux fidéicommiss et aux donations à cause de mort.*

45. — Les fidéicommiss finirent, eux aussi, par tomber sous le coup de la législation caducaire. Pendant longtemps ils n'avaient donné lieu à aucune obligation juridique et la bonne foi du fiduciaire en garantissait seule l'exécution ; mais malgré cette absence de vinculum juris, on tenait à honneur d'exécuter la mission dont on avait été chargé et, presque toujours, les intentions du testateur étaient observées. Il semble dès lors étrange qu'Auguste n'ait pas songé à atteindre cette façon de disposer de son patrimoine : peut-être fut-il arrêté par la popularité de ce procédé et fut-il obligé de ménager une institution qui avait les faveurs de tout le monde : « justum videbatur et popolare erat » (Instit.

de fid. hered, § 1). — Toutefois il y avait, dans les fidéicommis, un moyen trop commode d'échapper aux rigueurs des lois Caducaires, pour que l'immunité du début pût persister longtemps ; il n'était pas possible de laisser davantage prévaloir sur l'intérêt public le respect pour la volonté des mourants, alors surtout que ces volontés se mettaient en hostilité avec des mesures législatives considérées comme nécessaires au salut de l'État. Aussi le sénatus-consulte Pégasien vint-il mettre les fidéicommis sous le joug des nouvelles lois ; comme les autres dispositions testamentaires, ils furent enlevés aux cœlibes et aux orbi, pour figurer au nombre des *præmia patrum*.

Tout ceci résulte clairement d'un texte de Gaius (II, 286). L'ordre de dévolution fut le même que pour les legs et les hérédités : institués patres, légataires patres, *ærarium*. Toutefois, au cas d'un fidéicommis particulier, on avait admis que le grevé serait préféré aux autres personnes qui auraient souffert de l'exécution du fidéicommis, héritiers, légataires ou fidéicommissaires (loi 60, 2^e de Legatis) : un legs, au contraire, n'eût pu être mis qu'au compte d'un héritier.

A l'égard des donations à cause de mort on procéda de la même façon : d'abord tolérées en tant qu'elles permettaient d'échapper aux lois Caducaires, elles furent prohibées par le Sénat, à une époque qu'on ne peut préciser. (L. 35 de mort. c. donat.) et dévolues selon les règles déjà admises.

Une dernière question se pose : s'il est vrai que les fidéicommis et donataires à cause de mort étaient atteints par les lois Caducaires au cas de célibat ou d'*orbitas*, leur paternité,

par voie de réciprocité, était-elle une source d'avantages, et pouvaient-ils alors recueillir les fidéicommiss ou les donations caduques? Pas de texte à ce sujet; mais, vu le caractère exceptionnel des *leges novæ*, nous croyons qu'il ne faut pas en étendre les dispositions et accorder le bénéfice de la *caducorum vindicatio* à d'autres personnes que celles qui sont formellement désignées par les textes.

CHAPITRE III

MODIFICATIONS APPORTÉES AU DROIT D'ACCROISSEMENT PAR LES LOIS D'AUGUSTE : CADUCORUM VINDICATIO

SECTION I. — *Du jus accrescendi avant les lois Julia et Papia*

46. Avant d'aborder l'étude de la caducorum vindicatio et des modifications qu'elle fit subir à la législation antérieure, il est nécessaire de rappeler, aussi brièvement que possible, les règles auxquelles le jus accrescendi était subordonné. Nous ne ferons d'ailleurs que donner les solutions incontestables, sans nous arrêter aux controverses qui ont pu s'élever ici.

« L'accroissement est l'attribution, à défaut de substitution, aux autres cohéritiers testamentaires ou aux autres
« cohéritiers ab intestat qui acceptent l'hérédité, des parts de

« leurs cohéritiers demeurées vacantes ». (Glasson. Mélanges. Dissert. sur l'accroissement p. 7.).

Cette définition suppose trois choses.

a) L'existence de plusieurs héritiers testamentaires ou ab intestat, avec vocation solidaire au tout pour chacun d'eux ; car s'il n'y en avait qu'un seul et si cet héritier unique faisait défaut, il y aurait ouverture de la succession ab intestat ou dévolution au degré subséquent.

b) Une vacance, c'est-à-dire une portion de l'hérédité dont l'héritier ne veut ou ne peut s'emparer.

c) Que la vacance porte sur une portion de l'hérédité et non pas sur l'hérédité tout entière ; sinon ouverture de la succession ab intestat, par voie de dévolution et non d'accroissement.

47. — Le droit d'accroissement repose sur ce principe que chaque héritier représente toute la personne du défunt, et qu'il a droit par suite à la totalité de ses biens. D'où il résulte que si plusieurs personnes sont appelées à recueillir la même chose, comme leurs droits sont égaux, elles sont, par la force des choses, obligées de partager : « *Concursu partes fiunt* » ; mais, vienne à disparaître la cause du partage, et qu'un ou plusieurs appelés ne veuillent ou ne puissent tirer parti de leur vocation, alors les droits des autres, ne rencontrant plus d'obstacles, s'élargissent pour embrasser les por-

tions vacantes. On pourrait même dire qu'il n'y a pas là accroissement à proprement parler, mais *non décroissement*; car « cette force d'élasticité, comme dit M. Machelard, n'est que « l'exercice d'un droit préexistant et débarrassé de ses « entraves ».

Nous ne parlerons pas de l'accroissement entre cohéritiers ab intestat, puisque les successions de cette nature sont restées étrangères à l'application des lois Caducaires. Il nous suffira de dire en quoi consistait le jus accrescendi entre cohéritiers testamentaires ou entre colégataires.

1^o Accroissement entre cohéritiers testamentaires

48. — L'accroissement entre cohéritiers testamentaires pouvait être ou l'effet de la loi ou le résultat de la volonté du défunt.

A) Il avait lieu PAR L'EFFET DE LA LOI en deux hypothèses, où il semble qu'on aurait dû exclure toute idée d'accroissement. 1^o au cas où le testateur, ayant institué plusieurs héritiers, leur avait assigné des parts; 2^o celui où le testateur aurait voulu que l'hérédité appartint tout entière à chacun de ceux qu'il instituait, sans que le concours des appelés leur nuisit réciproquement. Dans ces hypothèses l'accroissement a lieu, non pas également et par parts viriles, mais proportionnellement aux parts pour lesquelles les cohéritiers du détaillant étaient institués.

Dans la première hypothèse, le jus accrescendi aurait dû être écarté, semble-t-il, puisqu'ici il n'y avait vocation pour personne à la totalité de la succession et que le droit de chacun était limité à la part qui lui avait été assignée. — Cependant, en vertu de la règle arbitraire, d'après laquelle tout concours entre héritiers testamentaires et héritiers ab intestat était interdit, « nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest », lorsqu'une vacance venait à se produire, la part vacante n'allait pas aux héritiers ab intestat, mais aux autres co-institués ; le testateur n'était censé avoir fait la distribution que pour régler le concours et faciliter le partage, non pour limiter le droit de chacun. — Toutefois cette règle n'existait pas vis-à-vis des testaments des militaires qui pouvaient mourir partie testat, partie intestat.

Dans la seconde hypothèse, on réussit encore à écarter la volonté de testateur par application de la règle : « Uni duo pro solido heredes esse non possunt » (D. 50.17. 141 § 1) ; il ne pouvait donc pas y avoir à la fois deux personnes héritières pour le tout de la même personne. Par suite, bien que le testateur eût voulu que ses institués ne fussent jamais institués pour des parts, le concours était obligé de se faire, provoquant le partage ; si bien que l'un des héritiers faisant défaut, les autres institués voyaient leur part s'accroître de la portion vacante.

B). 49. — En dehors des deux cas que nous venons d'examiner, l'accroissement entre cohéritiers testamentaires n'avait pour guide que la VOLONTÉ DU TESTATEUR. Il fallait, avant tout,

examiner, pour distribuer les parts vacantes, la manière dont les institutions avaient été faites pour reconnaître l'intention du testateur : et il suffisait, pour qu'il y eût lieu à accroissement, que plusieurs personnes fussent appelées à prendre en entier tout ou partie de l'hérédité, que chacune d'elles eût vocation au tout, *solidum*.

Or, il dépendait du testateur qu'il y eût vocation *in solidum* ou bien que l'institution fût limitée aux parts assignées. La façon dont était rédigé le testament était le seul moyen de connaître la volonté du défunt sur ce point. — Il est donc utile d'étudier sous quelles formes les institutions pouvaient être faites dans les testaments.

On en distinguait deux espèces :

1° L'institution *disjunctim* ; celle-là ne nous arrêtera pas longtemps ; nous en avons d'ailleurs parlé à propos de l'accroissement par l'effet de la loi et malgré la volonté du testateur. Elle est faite en ces termes : 1 pro dimidia parte heres esto ; 2 pro quarta, 3 pro quarta heredes sunt. » Que 2 vienne à défaillir, le $\frac{1}{4}$ qui lui revenait sera partagé entre 1 et 3 proportionnellement à leurs parts respectives : donc 1 aurait les deux tiers et 3 un tiers.

2° L'institution *conjunctim*. Qui dit *conjunctio* suppose la vocation de plusieurs personnes à une même chose, à une même part de l'hérédité par exemple, si bien que ces coinstitués sont censés former une même souche, une même personne et ne prendre qu'une même part ; d'où il résulte qu'à défaut de l'un des coinstitués, sa part accroît à celle des autres.

La conjunctio suppose donc deux choses :

1° Au moins deux institués ; car s'il n'y en avait qu'un, il viendrait pour le tout, malgré la volonté contraire du testateur.

2° Vocation solidaire à la totalité de l'hérédité entière ou d'une quote-part.

On distingue 3 sortes de conjunctio :

a) *Conjunctio re et verbis* : elle était sous cette forme : « 1 et 2 heredes sunt » ou « 1 et 2 ex parte dimidia heredes sunt » (Dig. 50. 16. l. 142) La conjunctio est dite *re*, parce que la vocation de 1 et de 2, porte sur la même chose ; elle est dite *verbis*, car c'est la même phrase qui réunit leurs noms, « quos et nomen et rei complexus jungit. »

b) *Conjunctio re tantum* : « 1 pro dimidia parte heres esto ; 2, ex parte qua 1 institui, heres esto ; 3 pro dimidia parte heres esto. » Ici les phrases, les verba sont distincts ; mais la conjunctio a lieu *re* entre 1 et 2, parce qu'ils ont vocation in idem, sans détermination de parts (même loi 142 ; voir aussi D. 28-5-l. 15 pr., un texte d'Ulpien, où l'auteur se demande si le testateur, en pareille hypothèse, n'a pas voulu diviser son hérédité en trois parties et qui conclut en disant qu'il vaut mieux regarder 1 et 2, comme conjuncti : ils n'auront donc chacun que le quart, tandis que 3 aura la moitié ; toutefois cette solution n'avait même pas toujours été admise, nous fait remarquer ce texte).

c) *Conjunctio verbis tantum* : « 1 heres esto ; 2 et 3 œquis ex partibus heredes sunt. » Deux ou plusieurs personnes sont réunies dans une même phrase, mais des parts leur ont été assignées. Pomponius (Dig. 28. 5. loi 66), auquel cet exemple est emprunté, déclare que si 2 vient à mourir, sa part accroîtra non pas seulement à 3, mais aussi à 1 ; si bien que 1 aura les deux tiers et 3 le tiers. Ici pas de vocation au tout ; donc pas de *conjunctio* à proprement parler.

Etant donné qu'il n'y a lieu à accroissement par la volonté du défunt, que lorsque ce dernier a créé une solidarité de vocation entre plusieurs institués, il nous est facile de dire quelles sortes de *conjunctio* donnent lieu au jus accrescendi. Ce sont seulement les *conjunctioes re, re et verbis* ; la *conjunctio verbis tantum* est indifférente.

Nous n'étudierons point l'ordre à suivre entre les divers *conjuncti* ; disons seulement que si l'héritier défaillant laissait, à la fois, un *conjunctus re et verbis* et un *conjunctus re tantum*, sa part n'accroîtrait qu'au *conjunctus re et verbis*, pour le motif suivant : les *conjuncti re et verbis* ne formaient, à eux tous, qu'une seule personne « *unius personæ potestate funguntur* », si bien que cette personne ne fait pas défaut, tant qu'il reste un des membres qui la composent. Toutefois, au cas où 1, *conjunctus re tantum*, l'est seulement avec 2 l'un des *conjuncti re et verbis* 2. 3. et 4, si 2 vient à faire défaut, sa part accroîtra à 1 et non pas à 3 et 4 (Voir Glasson Mélanges p. 51 et 52). Enfin la *conjunctio verbis tantum*, même à défaut de toute autre *conjunctio*, était absolument inefficace.

II. *Accroissement entre colégataires*

50. — Entre cohéritiers: l'accroissement a toujours lieu, même malgré la volonté du testateur, grâce à la règle « *Nemo partim testatus...* » etc., et à la vocation éventuelle de chaque héritier à la totalité de l'hérédité. En est-il de même, au cas où un legs manque son effet ? Et à qui profite ce legs ? A l'héritier qui en est grevé ou aux colégataires ?

En règle générale, le legs nul profite à l'héritier ; il est juste que celui qui en avait la charge, profite de la défaillance. Mais il peut se faire qu'il y ait accroissement au profit des colégataires.

Il suffit, pour cela, que le testateur ait appelé conjointement plusieurs légataires au même legs, établissant ainsi entre eux une vocation identique (1).

La conjunctio se présente ici sous les mêmes formes qu'en matière d'institutions d'héritier et ne donne lieu à accroissement que lorsqu'elle a lieu *re tantum* ou *re et verbis*. Les colégataires *re tantum* sont réputés *disjuncti* ou *separati* ;

(1) On sait par là combien diffère le rôle de la conjunctio selon les cas.

A) S'agit-il d'hérédité, la conjunctio n'a qu'un effet ; changer le mode d'accroissement ; mais ce n'est pas elle qui crée ce droit d'accroissement puisqu'il a toujours lieu, même au cas d'institutio *disjunctim* et malgré la volonté du testateur.

B) En cas de legs, au contraire, la conjunctio sert de base à l'accroissement ; c'est elle qui en est la condition première. Aussi ne trouverons-nous pas ici d'accroissement légal comme en matière d'hérédité ; ce sera toujours l'œuvre du testateur.

ceux re et verbis, *conjuncti* ; quant à ceux verbis tantum, ils ne sont ni *conjuncti*, ni *disjuncti*, et cela se comprend, puisqu'ils restaient complètement en dehors de l'accroissement.

51. — Les règles varient selon la nature des legs :

1° *Legs per vindicationem*. — Ici l'accroissement a toujours lieu, que le legs soit fait *conjunctim* ou *separatim* : « Titio et Seio hominem Stichum do lego » ou « Titio hominem Stichum do lego ; Seio eundem hominem, do lego ». — Dans les deux cas, il y a en effet vocation éventuelle à la totalité de la propriété de l'esclave.

2° *Legs per damnationem*. Jamais d'accroissement en pareil cas : ce legs, en effet, ne faisait naître qu'un droit de créance au profit des légataires. Or, les créances étant essentiellement divisibles, on applique la règle : « damnatio facit partes, singulis partes debentur. » (Gaius II. § 205). Si donc il s'agit d'un legs *conjunctim*, fait sous cette forme : « heres meus Stichum Titio et Seio dare damnas esto », et si l'on suppose que Titius est maître de l'esclave Stichus, Titius, déjà propriétaire de l'esclave, ne pourra pas profiter du legs ; mais Seius profitera-t-il de cette vacance pour pouvoir réclamer à l'héritier la valeur entière de l'esclave ? Non : « damnatio facit partes », et Titius fait sa part (48 par. 8 de Legatis).

S'agit-il, au contraire, d'un legs *disjunctim*, — l'héritier se trouve devoir l'esclave lui-même et autant de fois sa va-

leur qu'il y a de colégataires moins celui qui a reçu l'esclave lui-même. — Qu'un de ces co-légataires fasse défaut, ce ne seront pas les autres colégataires, qui profiteront de la créance qu'il avait à l'encontre de l'héritier ; la défaillance ne servira qu'à cet héritier qui aura une fois de moins à payer la valeur. — Et cette solution se comprend bien, car ici les créances des colégataires sont absolument distinctes et on ne peut pas dire qu'il y ait pour chacun d'eux vocation au tout.

3° *Legs sinendi modo*. Presque identique, dans sa formule avec le legs per damnationem « (damnas esto sinere sumere » au lieu de « damnas esto dare » simplement), le legs sinendi modo fait *conjunctim* ne donnait pas lieu à l'accroissement ; par application de la règle « Damnatio partes facit » — (85 Fragm. Vatican.), — la part défailante ne profitait qu'à l'héritier).

En cas de legs *disjunctim*, une controverse nous est signalée par Gaius (C. II. par. 225). — Pour les uns, il faut suivre les règles de legs per damnationem ; pour les autres, l'héritier est libéré après avoir donné la chose elle-même, parce que, disent-ils, l'héritier n'est tenu qu'à laisser faire, *sinere sumere*, et non, à *dare* comme pour le legs per damnationem d'où « si priori patien-
« tiam præstiterit et is rem sumpserit, securus sit adversus eum
« qui postea legatum petierit, quia neque habet rem ut patiatur
« eam ab eo Sumi. » Ce qui veut dire, lato sensu, que le 1^{er} occupant seul a fait une prise de possession efficace et que toute demande postérieure de la valeur de la chose léguée est considérée comme non avenue. — Dans le 1^{er} système, l'héritier doit donc la chose autant de fois qu'il y a de colégataires ; dans le second, il ne la doit qu'une fois. — Quelle que soit

l'opinion adoptée, il faut cependant conclure qu'il n'y a jamais lieu à l'exercice du droit d'accroissement, et cela résulte clairement de ce qui précède.

4^e *Legs per præceptionem*. — Ce legs peut s'adresser à des étrangers et à des héritiers, à partir d'une Constitution d'Adrien qui faisait triompher l'opinion des Procecliens (Gaius C. II, 247).

Fait à des extranei, on finit par admettre qu'il valait comme per vindicationem, et, par suite, l'accroissement pouvait se produire.

Fait à des héritiers, le résultat suivant se produisait : supposons deux héritiers, 1 et 2, et un legs de 1000 fait à 1 ; le legs ainsi fait sera nul pour 500 ; car 1 ne saurait se payer à lui-même : « heredi a semetipso inutiliter legatur » (l. 17 et 18 de legatis). Mais il aura le droit de prélever sur l'hérédité les 500 que 2 lui doit ; 1 n'a donc qu'un droit de créance contre l'hérédité, et à supposer que la somme de 1000 ait été léguée à deux héritiers, 1 et 3, si 1 fait défaut, la part qui lui revient tombera dans l'hérédité et n'accroîtra pas à 3, conformément à ce qui a été dit pour les legs per damnationem.

Si le legs est fait, à la fois, à des héritiers et à des extranei, 3 étant par hypothèse un étranger, et non plus un héritier, et 1 venant à faire défaut, on appliquera au contraire ici les règles du legs per vindicationem et les 250, part de 1, accroîtront à la part de 3 (1).

(1) Pendant longtemps, chaque sorte de legs dut être revêtu de formes solennelles, et le formalisme était tel que la moindre erreur entraînait la

III. — Règles d'après lesquelles s'opérait l'accroissement.

52. — Nous venons de dire dans quel cas il y avait lieu à accroissement : il nous reste à dire à quelles règles était soumis l'exercice du jus accrescendi.

Et tout d'abord, l'accroissement a lieu *de plein droit* ipso jure, il se fait donc à l'insu et même contre le gré des cohéritiers ou des colégataires « qui semel aliqua ex parte heres « extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est, « tacite ei deficientium partes invito adcreascunt » (D. 29.4. l. 53 par. 4.). Cette règle est la conséquence de cette idée, que chacun des cohéritiers ou colégataires a vocation à toute la chose pour laquelle il a été institué. En faisant adition pour sa part, il s'est donc engagé tacitement à recueillir les parts qui pourraient devenir vacantes, sans qu'il lui soit nécessaire de faire une seconde adition.

nullité du legs. Mais, là comme en bien d'autres matières, la rigueur de premiers siècles finit par être adoucie : ce fut ici l'œuvre du sénatus consulte Néronien, d'après lequel tout legs, nul à raison seulement de l'impropriété de la formule, valut désormais comme legs per damnationem. Ce nouveau legs per damnationem fut-il, comme l'ancien, soustrait au droit d'accroissement ? Trois opinions sur ce point :

a/ Dans la première, on recherche avant tout quelle forme le testateur avait voulu donner à son legs, et on applique ou non le droit d'accroissement, selon que cette forme l'eût comporté ou non.

b/ Dans la seconde, il y a toujours lieu à accroissement, (argument tiré du paragr. 85 des Fragm. Vatic.)

c/ Dans la troisième, celle que nous adopterons, il n'y avait jamais lieu à accroissement ; car si on donne au legs dont la formule est erronée la portée d'un legs per damnationem, pourquoi ne pas lui en appliquer toutes les règles, même celles qui concernent le jus accrescendi ?

53.—L'accroissement est *forcé* ; ce n'est qu'une application de la règle : *nemo partis testatus.....* pour les institutions d'héritier et de la vocation éventuelle au tout pour les legs. Le *jus accrescendi* est d'ailleurs obligatoire, non seulement en ce sens qu'un héritier ne saurait répudier la part qui lui advient de la sorte, mais aussi en ce qu'il est interdit au testateur d'en empêcher l'application en limitant, par exemple, le droit de ses institués) à des parts bien déterminées ; tout obstacle de ce genre résultant de la volonté du testateur, cède en présence de la vocation de chacun des héritiers à la totalité de l'hérédité.

Faisons remarquer toutefois qu'il n'en est ainsi que pour les institutions d'héritier, où la vocation au tout est obligatoire et indépendante du déficit ; quand il s'agit de legs au contraire, cette vocation dépendant uniquement de la volonté du testateur, il était possible à ce dernier d'écarter le *jus accrescendi* en fixant l'étendue des droits des légataires.

54. — L'accroissement a lieu *portionis portioni* et non *portionis persone* : autrement dit, il est réputé accepté d'avance par toute addition faite antérieurement à son ouverture. Entre autres conséquences de ce principe : 1 meurt après avoir fait addition ; puis 2, son cohéritier, répudie ; la part de 2 accroîtra aux héritiers de 1, qui bénéficient ainsi de l'aptitude qu'aurait eue leur auteur à profiter de la part de 2, au cas de défaillance de ce dernier. Peu importe donc que les appelés soient morts au moment où s'ouvre le droit d'accroissement.

55. — L'accroissement se fait *sine onere* ; il n'y a en effet, de la part de l'héritier ou du légataire auquel il profite, qu'un exercice de son propre droit, de sa propre vocation au legs. L'institué ne sera donc pas obligé de payer les charges des legs, ou fidéi-commis, imposés personnellement au défailant. Mais il n'en reste pas moins tenu d'acquitter les onera attachées bien plus à l'institution qu'à l'institué lui-même, ainsi que les dettes qui, à vrai dire, ne sont point des charges, au sens strict de ce mot. Il fallait donc, avant tout, chercher à connaître l'intention du testateur pour savoir si l'accroissement avait lieu cum onere ou sine onere. Mais sous l'influence d'un rescrit de Septime Sévère, on arriva à regarder les cointitués comme tacitement substitués les uns aux autres ; or le substitué étant tenu de toutes les charges imposées à l'institué, dont il prenait la place juridique, la même solution fut étendue aux cohéritiers et colégataires, et dès lors l'accroissement se fit toujours cum onere.

56. — Le droit d'accroissement pouvait être écarté par le testateur, lorsqu'il prenait la peine de substituer un héritier à un autre, c'est-à-dire d'appeler 2 à l'hérédité au cas où 1 ne pourrait ou ne voudrait la recueillir. Il y avait avantage pour le testateur à agir de la sorte, toutes les fois qu'il voulait éviter la règle d'après laquelle le bénéfice de l'accroissement se partage entre tous les héritiers au prorata de leurs parts dans l'institution (1).

(1) Il est vrai qu'on s'exprime peut être d'une façon inexacte, quand on dit que par le moyen d'une substitution, le testateur peut exclure l'ac-

57. — Enfin la loi elle-même pouvait attribuer la part du défaillant, non pas à ses coinstitués, mais à ses héritiers, lorsqu'il y avait eu transmission du droit d'adition ou profit de ces derniers : il en était ainsi, par exemple, lorsque le défaut d'adition était dû à une absence pour le service de la République, ou à un empêchement légitime (Dig. 29-5-3 par. 30). On sait en effet qu'un héritier ne pouvait transmettre à ses successibles des droits à l'hérédité, qu'en tant qu'il avait fait adition lui-même : « hereditas non adita non transmittitur ». On arriva cependant, en quelques hypothèses, à regarder l'hérédité comme transmise, malgré le défaut d'adition et nous venons d'en citer des exemples.

Pour les legs la situation n'était pas la même, et il n'était pas besoin d'une décision de faveur pour permettre que les héritiers du légataire défaillant pussent bénéficier du titre de leur auteur et réclamer la libéralité. C'était en effet la règle que, dès le jour du *dies cedit*, c'est-à-dire, dès la mort du testateur le droit éventuel du légataire devenait transmissible (Regulæ d'Ulpien, t. 24-30). Si donc il mourait avant que l'adition de l'hérédité lui ait permis de la réaliser, ses héritiers pouvaient la recueillir à sa place. Car il eût été injuste de l'exposer à perdre le legs, par son décès avant l'adition de l'hérédité, qui ne dépendait pas de lui, et d'autre part, le legs présente un caractère si personnel qu'il était permis de croire qu'en cas de défaillance le

croissement ; ce que le testateur empêche, à proprement parler, c'est seulement l'éventualité de la vacance de l'hérédité ou de portion de l'hérédité.

testateur lui-même aurait préféré les héritiers du légataire à ses propres héritiers.

SECTION II. — *De la caducorum vindicatio*

Pour plus de clarté nous diviserons cette section en deux paragraphes : dans le premier, nous examinerons la *caducorum vindicatio* s'exerçant sur les institutions d'héritier ; le second sera réservé aux legs.

De la caducorum vindicatio vis-à-vis des institutions d'héritier

58.— Les institutions testamentaires qui, valables ab initio, venaient à défaillir par l'effet des nouvelles lois ou des anciens principes, étaient enlevées aux appelés, lorsque leur situation de *cœlebs* ou *d'orbus* n'avait pas été purgée dans les cent jours du décès du testateur ; elles devenaient alors des récompenses pour les pères et servaient de privilège à la paternité. Tous ceux qui, faisant partie du testament soit à titre d'héritiers, soit même à titre de légataires, remplissaient les conditions exigées par les lois, pouvaient réclamer les parts défaillantes. Toutefois leurs droits n'étaient pas égaux, et il importe de distinguer dans quel ordre ils les exerçaient. Cet ordre était le suivant :

- 1° Les cohéritiers patres conjoints du défaillant (Gaius C. 2 par. 207.
- 2° Les autres cohéritiers patres non conjoints.
- 3° Les légataires patres.
- 4° L'ærarium ou le trésor public.

59.— L'exclusion des autres héritiers par les conjuncti n'est pas douteuse, elle résulte du par. 207 déjà cité: « tamen ipsa « lege Papia significatur ut colegatarius conjunctus, si « liberos habet, potior sit heredibus ». Mais à l'égard des cohéritiers conjoints, faut-il appliquer les règles de la conjunctio, telle qu'elle était comprise dans l'ancien jus accrescendi et dire, par suite, que, seuls, les conjuncti re et verbis ou re tantum avaient le droit de prétendre aux caduca, tandis que la conjunctio verbis tantum ne créait aucun avantage au profit de ceux qu'elle réunissait en une même phrase, mais avec assignation de parts ?

La question ne se serait même point élevée et l'on s'en serait tenu aux règles de l'ancien jus accrescendi, si un texte bien connu ne nous avait appris qu'en matière de legs, on avait abandonné les règles de préférence généralement admises entre les divers conjuncti. La loi 89, titre 3 de legatis, livre 32 au Digeste, nous dit en effet qu'on avait établi au profit du colégataire verbis tantum conjunctus, du colégataire avec assignation de parts, une priorité qui était refusée au colégataire re tantum, au colégataire de la même chose appelé par une disposition distincte. Voici d'ailleurs le texte dont il s'agit :

« Re conjuncti videntur, non etiam verbis, quum duobus
« seperatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re,
« Titio et Seio fundum æquis partibus do lego, quoniam semper
« partes habent legatarii. Præfertur igitur omnimodo
« cœteris qui et re et verbis conjunctus est. Quod si re tan-
« tum conjunctus sit, constat non esse potiozem, si vero ver-
« bis quidem conjunctus sit, re autem non, quæstionis est an
« conjunctus potior sit ? Et magis est ut ipse præferatur. »

Dès lors on s'est demandé s'il fallait étendre aux hérédités ce qui ne concernait que les legs.

Première opinion. — L'extension, dit-on, est logique et par suite, entre cohéritiers conjuncti, on suivra l'ordre que voici :

a) Conjuncti re et verbis.

b) Conjuncti verbis tantum.

Quant aux conjuncti re tantum, le fait d'être appelés à recueillir la même chose par deux phrases séparées ne leur vaut aucun avantage; on ne tient pas compte de leur conjunctio et ils ne sont appelés à recueillir les caduca qu'à défaut de conjuncti de l'une ou de l'autre sorte.

Pour soutenir cette manière de voir, on dit que Paul dans la loi 89, n'a pas eu l'intention d'en limiter les effets au domaine des legs. Et son but a été uniquement de nous apprendre que la caducorum vindicatio avait repoussé complètement les principes de l'ancienne conjunctio et que la vo-

cation solidaire avait cessé d'être la base de la dévolution ; mais, s'il ne parle que des legs, c'est seulement à titre d'exemple, et le changement de point de vue avait été le même à l'égard des hérédités, du moins est-ce là chose très vraisemblable ; car pourquoi ne pas adopter une décision uniforme à l'égard des divers éléments de caducité ? D'ailleurs, dit-on, dans un autre passage, loi 142 de verb. signific. Paul nous parle de la conjunctio entre héritiers ; ce passage était dans le même livre que la loi 89 ; or cette dernière a trait à la caducorum vindicatio, pourquoi ne pas donner la même portée à la loi 142, puisque la source en est la même ? Dès lors les deux textes s'éclairent l'un par l'autre ; dans l'un, la loi 142, Paul s'est proposé de définir les trois sortes de conjunctio en usage en matière de legs et d'hérédité, sans donner une solution relative au droit de préférence attaché à chacune d'elles, dans l'autre, la loi 89, il s'est occupé de régler la question de priorité, en prenant pour exemple la matière des legs, sans toutefois vouloir leur réserver la solution qu'il donne.

Deuxième opinion.— Dans celle-ci, au contraire, on règle la question de préférence entre cohéritiers par les principes auxquelles elle obéissait dans l'ancien jus accrescendi. L'ordre sera donc celui-ci.

a) Conjunctio re et verbis.

a) Conjunctio re tantum.

Les conjuncti verbis tantum ne pouvaient jamais se prévaloir de leur conjunctio apparente.

La conjunctio resta donc, sous l'empire des lois Caducaires, mais à l'égard des hérédités caduques seulement, celle qui avait toujours été admise jusque-là et résultait d'une même vocation solidaire. Quoi de plus naturel en effet, en cas de défaillance d'un appelé, que d'en faire profiter celui auquel le testateur a laissé le tout et qu'il n'a entendu réduire à une part qu'autant qu'il y aurait concours, c'est-à-dire le conjunctus re ? Cette conjunctio re n'est-elle pas l'indice d'une libéralité plus étendue que la conjunctio verbis tantum, ou les noms, il est vrai, sont réunis, mais où les parts sont limitées à un maximum ? Pourquoi abandonner sur ce point l'ancien droit d'accroissement qui, en refusant tout effet à la conjunctio verbis, s'était si bien conformé, semble-t-il, à l'intention probable du testateur ? On nous oppose que ces considérations, si puissantes qu'elles puissent être, n'ont cependant point prévalu lorsqu'il s'est agi de régler la dévolution des legs caducs ; et, ce qui est exact pour les legs, on veut l'appliquer, par simple voie d'analogie et sans l'appui d'aucun texte, aux hérédités en défaillance. N'est-il pas préférable, au contraire, de s'en tenir aux données certaines qui résultent des textes ? Procéder par analogie est dangereux surtout lorsqu'il s'agit d'étendre une mesure qu'il nous sera déjà bien difficile de justifier, plus loin, à l'égard des dispositions spécialement visées. — Nous préférons donc régler la conjunctio en matière d'hérédité par les principes de l'ancien droit, reconnaissant ainsi à la conjunctio re son droit de priorité : cette solution a le mérite d'être plus conforme à la volonté du défunt ; car n'est-ce pas violer ouvertement la

pensée de ce défunt que d'éloigner le conjunctus re pour appeler le conjunctus verbis à profiter de la défaillance, et ne nous suffira-t-il pas, d'ici peu, d'être obligés d'admettre pareil résultat lorsqu'il s'agit de legs, pour vouloir en faire autant ici ?

Une *troisième opinion* a cependant été soutenue par M. Glasson, dans ses mélanges (Dissert. sur l'accroissement p. 59), d'après laquelle les caduca se distribuent entre tous les cohéritiers patres conjoints indistinctement, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des différentes conjunctiones. Elle s'appuie sur le § 207 du 2^e C^{re} de Gaius que nous avons cité plus haut ; d'après ce texte il suffira en effet à un colégataire pater d'être conjunctus pour qu'il puisse être « potior heredibus » ; la qualité de conjunctus, seule, dit-on, crée un titre de préférence ; peu importe de quelle façon on soit conjunctus ; les droits sont les mêmes pour tous ceux qui sont conjuncti dans le sens large du mot.

— Nous repoussons cette manière de voir pour deux raisons :

a) d'abord Gaius s'occupe d'un colégataire et non pas d'un cohéritier ; or, nous avons vu qu'en matière de déchéance on ne saurait étendre aux uns une solution admise à l'égard des autres.

b) D'autre part, et même en admettant cette extension, il nous suffit que Gaius ait reconnu aux conjuncti un droit de

priorité : il n'a pas dit il est vrai, de quels conjuncti, il voulait parler, c'est sans doute que, sur ce point, il s'en référait aux règles déjà existantes dans l'ancien jus accrescendi.

B). — 60. — A défaut de cohéritiers patres conjoints, avons-nous dit, les caduca passaient aux autres cohéritiers patres, mais non conjoints. Il est probable qu'entre eux le partage se faisait au prorata de leur portion héréditaire et non par têtes, comme c'était aussi la règle dans l'ancien droit. Car s'il est vrai que la qualité d'héritiers leur donnait un titre égal, il est clair aussi que le testateur a entendu favoriser davantage celui qu'il a institué pour une plus forte part.

(C) 61. — S'il n'y avait pas de cohéritiers patres, c'était aux légataires patres qu'il appartenait de recueillir les parts caduques. Quelque étrange que puisse paraître cette décision, qui appelait à l'hérédité des personnes n'ayant rien de commun avec les héritiers, on peut, à la rigueur, l'expliquer en faisant remarquer que la loi, dans l'ordre de dévolution qu'elle créa, avait pris pour guide l'affection et la volonté probables du défunt : partant de ce principe, il n'était point douteux, en effet, que le testateur appelé à régler le sort de la part défailante, eût fait passer avant l'œrarium ceux auxquels il avait déjà témoigné un certain intérêt, en les gratifiant d'un legs (V. Ulpian, Reg. I, 21). Faisons remarquer que la vocation des légataires patres supposait le maintien du testament au moins en partie, soit qu'il exis-

tât un *solidi capax*, soit qu'il y eut un ascendant ou un descendant, puisque nous avons admis que le *jus antiquum* ne portait que sur les *in causa caduci* ; car si l'institution avait été complètement nulle, le legs aurait eu le même sort, et la *caducorum vindicatio* n'aurait pu s'exercer.

(D) 62. — Enfin, à défaut d'héritiers ou de colégataires patres, les *caduca* étaient attribués à l'*ararium*, c'est-à-dire au trésor du peuple (Gaius II. 286) ; et c'est même surtout dans ce but qu'on avait rendu les lois Caducaires : le souci de rétablir les finances et d'augmenter les ressources pesa dans la balance pour Auguste, au moins autant que le désir de régénérer la morale publique. Aussi n'est-ce pas sans ironie que Tacite, pour expliquer cette dévolution au trésor public, déclare qu'en effet le peuple est le père de tout le monde « *parens omnium populus* ».

Nous aurons à voir plus tard, à propos de l'abrogation des lois Caducaires, la portée qu'il faut attacher à une constitution de Caracalla qui substitue le fisc à l'*ararium* et semble avoir aboli les privilèges accordés à la paternité.

II. *De la Caducorum vindicatio à l'égard des legs*

63. — Tout legs *caduc* ou *in causa caduci* était recueilli par les personnes récompensées, en observant l'ordre suivant :

1° Les colégataires patres conjoints ;

2° Les héritiers patres ;

3° Les légataires patres, mais non conjoints ;

4 L'ærarium.

Cela résulte du texte de Gaius déjà cité en partie (par. 207, C. II). En voici la traduction : « Et bien que, lorsqu'il s'agit
« de revendiquer les legs caducs, la priorité appartienne aux
« héritiers qui ont des enfants, puis, si ces héritiers n'ont pas
« d'enfants, aux légataires patres, toutefois la loi Papia elle-
« même décide que le colégataire conjoint qui a des enfants,
« passe avant les héritiers même patres ».

La conjunctio donne donc aux colégataires du défailant le droit de revendiquer les premiers la part caduque. Mais, si l'on se demande de quelle conjunctio il est question, on voit, par l'examen de la loi 89 de legatis, que ce n'est plus celle qui servait de base à l'ancien jus accrescendi et résultait de l'unité de vocation. Car il résulte de ce texte qu'on fait produire des effets à la conjunctio verbis tantum puisqu'elle devient la source d'un droit de préférence, tandis que le conjunctus re tantum ne doit aucune faveur à sa vocation au tout ; or, nous l'avons déjà souvent fait remarquer, ce sont là des résultats précisément contraires à ceux du jus accrescendi, sous l'empire duquel le conjunctus verbis devait céder le pas au conjunctus re. De la loi 89, il résulte donc qu'entre colégataires conjoints appelés à recueillir un legs caduc, il faudra observer l'ordre suivant :

a) Conjuncti re et verbis (argt. « omnimodo cœteris. »)

b) Conjuncti verbis tantum.

Que la *conjunctio verbis tantum* donne naissance à un droit de priorité, on peut, à la rigueur, le comprendre ; car le testateur, en assignant des parts à plusieurs légataires, a pu ne pas vouloir fixer définitivement leurs droits ; il n'a peut-être fait que régler leur situation au cas de concours, sans écarter toutefois l'application du *jus accrescendi* au cas de défaillance de l'un d'eux. D'ailleurs la loi *Papia* elle-même, au dire de Gaius (C. II. 207), exigeait seulement des colégataires la *conjunctio* ; et, en prenant ce mot dans son sens le plus général, ne pouvait-on pas, par bienveillance, l'appliquer à la simple réunion de deux ou plusieurs noms en une même phrase ? N'y a-t-il pas là, à proprement parler, *conjunctio* ? La faveur accordée aux *conjuncti verbis* ne semble donc pas exorbitante, et cependant elle ne fut pas admise sans difficulté (argt. « *quæstionis est* »), parce que la circonstance de l'*eadem res* faisant défaut, on n'était pas en présence d'une *conjunctio* véritable.

64. — Mais quelle explication peut-on bien fournir de l'exclusion de la *conjunctio re tantum* ? N'y a-t-il pas là une véritable *conjunctio*, c'est-à-dire plusieurs vocations à une même chose ? Est-ce que, d'ailleurs, la forme de cette *conjunctio* ne démontre pas, jusqu'à l'évidence, que le défunt avait songé à avantager le *conjunctus re*, bien plus que le *conjunctus verbis* ? Pourquoi donc abandonner, sur ce point, les règles du *jus accrescendi*, fondées sur une interprétation bien comprise de la volonté probable du testateur ?

Et cependant le texte est formel ; pendant longtemps, on

avait voulu l'appliquer à l'ancien droit d'accroissement, et alors il avait donné lieu à des difficultés insolubles, puisqu'il était en contradiction avec tous les autres textes sur la matière ; mais, maintenant, depuis la découverte du manuscrit des Institutes de Gaius, il n'est plus douteux qu'il se réfère à la *caducorum vindicatio*.

Bien des explications ont été proposées de la solution étrange que donne cette loi 89.

Première opinion. — Elle se fonde sur un passage de Gaius (C. III. 47), et déclare que, sur bien des points, les lois Caducaires ont été faites avec légèreté et irréflexion ; il ne faut donc pas songer à expliquer ce qui n'est qu'une inconséquence de la part du législateur. — Mais c'est là un procédé vraiment par trop commode de se débarrasser d'une difficulté d'interprétation que de l'attribuer gratuitement à une faute des auteurs de la loi ; d'autant plus que les lois Caducaires laissent supposer, vu leur importance, une longue élaboration, et que ce n'est pas à la hâte qu'Auguste a pu édifier un monument législatif appelé à bouleverser les mœurs de ses sujets.

Deuxième opinion. — Elle cherche à éluder la difficulté en lisant le texte : « *Constat esse potius* », au lieu de « *constat esse non potius* ». N'est-ce pas, dit-on, la seule façon d'expliquer le mot « *constat* », qui annonce une proposition non douteuse et admise par tous ; or quoi de moins certain que cette prétendue innovation dans l'effet de la conjunctio

re, et dont les mots « constat esse potio rem » seraient l'indice ? N'avait-on pas toujours reconnu, au contraire, la priorité de la conjunctio re, et n'est-ce pas là le fait incontestable qui nous est annoncé ? — D'ailleurs en lisant « constat esse potio rem », ne voit-on pas de suite l'antithèse résultant des mots « quaestionis est » ? Si bien que « la loi 89 consacrerait « d'abord une préférence absolue (omnimodo cæteris) quant « au conjunctus re et verbis : en second lieu, une préférence « non douteuse (constat esse potio rem) quant au conjunctus « re : enfin la même préférence, bien que contestable (quaestionis est, quant au conjunctus verbis » (Machelard p. 138).

Quelque séduisante que puisse paraître cette façon d'interpréter la pensée de Paul, rien ne nous autorise à supprimer la négation contenue dans le texte ; nous sommes donc réduits à chercher une explication de l'exclusion de la conjunctio re, au lieu de la nier en altérant le texte.

Troisième opinion. — On a encore soutenu que le « constat non esse potio rem » devait être entendu par rapport à la phrase précédente ; il faudrait donc traduire ainsi : « Il n'est pas « douteux que le conjunctus re ne l'emporte pas *sur le conjunctus re et verbis* » ; c'est donc, à l'égard de ce dernier, qu'il est vrai de dire que le conjunctus re n'est pas potior. Le but de Paul a été de régler la question de préférence entre ces deux sortes de conjuncti, et non entre le conjunctus re et les héritiers patres. Cette manière de voir cherche à rendre compte du texte, tel qu'il existe, mais elle a le tort de faire dire à Paul deux fois la même chose : car la question du rang

qui appartenait au conjunctus re et verbis avait déjà été traitée dans la phrase précédente : elle résultait du « præfertur igitur omnimodo cæteris ». Il allait donc de soi que tout autre conjunctus ne passerait qu'après, et il était inutile de le répéter (1).

Quatrième opinion. — C'est, à notre avis, la plus plausible. Elle attribue la solution de la loi 89 à une nouvelle manière de concevoir la conjunctio. Jusque là il n'y avait eu conjunctio qu'en cas de vocation de plusieurs personnes à l'eadem res ; peu importait que deux personnes, appelées à recueillir seulement des parts différentes d'une même chose, eussent été instituées dans une même phrase : cette conjunctio verbis ne leur créait aucun avantage, elles n'étaient pas vraiment conjunctæ et la défaillance de l'une d'elles ne pouvait servir à l'autre, puisque les droits de celle-ci avaient été fixés à une partie de la chose. Au contraire, bien que deux personnes fussent appelées sous deux phrases différentes, si toutefois l'eadem res avait été donnée en totalité à chacune d'elles, il y avait véritablement conjunctio re, c'est-à-dire communauté de droits sur une même chose ; et le défaut de

(1) Signalons encore le système d'après lequel il ne pouvait même pas être question d'un rang de préférence entre conjuncti re et verbis et les conjuncti re tantum. Ces derniers en effet profitent de la part défaillante en vertu d'une sorte de non accroissement plutôt que par suite de l'accroissement pur et simple ; dès lors les deux sortes de conjuncti bénéficient des parts vacantes, en se fondant sur des principes différents ; il est donc impossible de les comparer et de dire des uns qu'ils sont portiores aux autres. Proudhon a présenté les mêmes remarques à propos du Code civil, art. 1044 et 2045.

L'une ne faisait, en somme, que permettre à l'autre de réaliser sa vocation en entier. Cependant, en matière de legs, on avait pris une habitude de langage vicieuse et prêtant aux erreurs : ce mot de *conjuncti* avait été réservé aux conjuncti re et verbis, à ceux qui, ayant identité de vocation, prenaient place dans une institution commune ; au contraire, ceux dont l'identité de vocation résultait de deux institutions distinctes à une même chose, ceux-là furent réputés *disjuncti*. Cette façon de s'exprimer s'enracina de plus en plus et on arriva à opposer les disjuncti aux conjuncti, oubliant qu'en réalité l'étendue de leurs droits était identique. On s'attacha avant tout à la forme des institutions et on finit par comprendre les conjuncti verbis parmi les conjuncti, dans le nouveau sens du mot. Sans doute ils n'avaient pas, comme ceux auxquels on les assimilait, l'identité de vocation. Mais, à ne regarder que la forme, ne pouvait-on pas les appeler conjuncti, eux aussi ?

Survint la loi Papia qui donna aux *colegotarii conjuncti* le pas sur les *patres heredes*, lors qu'il s'agissait de legs *caducs* ; elle fit de la *conjunctio* la condition *sine qua non* du droit de préférence. On en conclut logiquement qu'elle écartait les *disjuncti* et que, s'en tenant uniquement aux apparences, aux formes des institutions et non à leur étendue ou à leur portée, elle avait refusé un rang de faveur à ceux dont une même phrase n'avait pas fait naître la vocation.

L'exclusion des *conjuncti re tantum* provient donc de deux causes : d'abord de l'habitude qu'on prit de les désigner spécialement sous le nom de *disjuncti* ; et ensuite des expressions mêmes de la loi Papia. D'une part, en effet, la

jurisprudence, par bienveillance, finit par comprendre, sous le nom de *cuncti*, ceux dont la *conjunctio* n'était que superficielle et fictive ; et d'autre part, raisonnant par *a contrario*, elle conclut à l'exclusion de ceux qu'elle appelait *disjuncti* ; c'est-à-dire des personnes dont il allait chercher la *conjunctio* non pas dans la forme, mais au fond de l'institution.

65. — Si donc l'on se place à l'époque des lois Caducaires, il faut prendre le mot *conjunctio* dans deux sens différents :

a) S'agit-il de legs caducs ? La *conjunctio* n'est plus que la réunion de deux personnes en une même phrase, sans distinguer si leurs droits respectifs s'étendent à la totalité d'une chose ou sont limités à des parts distinctes de cette chose ; ici on ne regarde donc que la *forme*.

b) S'il s'agit au contraire, des applications du droit d'accroissement qui avaient survécu, ou même des hérités testamentaires caduques, la *conjunctio* est demeurée, ce qu'elle avait toujours été jusqu'alors, ce qu'elle est en réalité : la vocation de deux ou plusieurs personnes à une même chose ; là on s'attache uniquement au *fond*.

66. — La dévolution des legs caducs aux héritiers patres, puis aux légataires patres et enfin à l'*aerarium* ne présente aucune difficulté et nous ne nous y arrêterons pas davantage.

Nous repoussons, à la fin de notre étude, l'examen de la

question de savoir si notre législateur, dans les art. 1.044 et 1.045, s'est servilement inspiré de la loi 89, ou si les solutions, en apparence incohérentes, qu'il nous donne ne sont pas le résultat d'un changement de point de vue, dans la façon de concevoir la portée à attacher à la conjunctio

SECTION III. — *Comparaison de la caducorum vindicatio et du jus accrescendi.*

Nous venons de voir suivant quel ordre s'exerçait le jus caduca vindicandi, selon qu'il s'agissait de legs ou d'institutions d'héritiers. — Quelle était maintenant la nature exacte de cette caducorum vindicatio ? En quoi différait-elle du jus accrescendi ? Restait-il, sous l'empire des lois caducaires, des cas où ce dernier était demeuré applicable ?

I. — *Nature de la caducorum vindicatio.*

67. — Le droit d'accroissement, nous l'avons vu, résultait d'une nécessité de droit qu'impliquait la solidarité de vocation : toutes les fois qu'une chose unique appartenait à la fois à deux ou plusieurs personnes et à chacune d'elles pour la totalité « totum singulis » à défaut de l'un des appelés solidaires, l'autre n'en avait pas moins droit au tout et de-

vait, en vertu de sa vocation propre, recueillir la totalité, aussi bien la part qu'aurait pu obtenir son coappelé que celle qui lui serait échue à lui-même. Celui qui exerçait le jus accrescendi trouvait donc son droit dans son propre titre et dans sa personne même ; il ne faisait, en somme, que réaliser en entier la vocation à laquelle il était appelé, mais qu'il n'aurait pu recueillir qu'en partie par suite de l'existence d'une vocation analogue au profit d'une autre personne.

La *caducorum vindicatio* était, au contraire, un bénéfice dont la loi faisait profiter certains individus qui, *jure civili*, n'y auraient eu aucun droit. Le mot *caducum* lui-même éveille l'idée d'une défaillance, d'une libéralité qui, pour une certaine raison, échappe à son destinataire et tombe de ses mains pour être attribuée à plus digne que lui. Mais cette attribution, à l'encontre de ce qui avait lieu pour le jus accrescendi, était tout arbitraire, elle n'était point la conséquence logique d'une même vocation solidaire, de « cette « force d'élasticité, dont parle M. Machelard, qui permet au « droit de chaque gratifié, quand il n'est pas comprimé par « l'existence d'un droit semblable, d'arriver à tout son développement » ; il fallait chercher sa raison d'être dans un système de punitions et de récompenses, créé par la loi avec l'espoir de châtier la stérilité et de favoriser la paternité légitime. Ceux qui exerçaient le jus *patrum* agissaient donc *ex lege* et non pas en vertu d'un droit ancien *franchide* tout obstacle ; ils prenaient la place des *cœlibes* et des *orbi* et ils en exerçaient les droits, sans avoir d'autres titres que celui que

leur donnait la loi — « *Translata sunt ad eos qui testamento liberos habent* », dit Gaius ; l'appelé par la loi est substitué au déchu et la disposition est transférée de l'un à l'autre. C'est donc, pour les patres, une acquisition nouvelle, qu'ils réalisent à titre nouveau, non pas en leur qualité de conjuncti et d'appelés à l'*eadem res* que le défaillant, mais grâce à une disposition formelle et tout arbitraire de la loi. Ulpien le dit lui-même : « *Lege nobis acquiritur velut caducum, vel ereptorium ex lege Papia* » (Reg. XIX, 17).

La *caducorum vindicatio*, comme son nom pourrait le faire croire, ne faisait pas naître nécessairement une action réelle au profit du pater ; celui-ci en effet, prenant la place du titulaire auquel la disposition échappait, n'avait d'autres actions que lui ; et dès lors il ne pouvait recourir à une action réelle, à une *vindicatio* proprement dite, qu'autant que celui auquel il se trouvait substitué eût pu le faire lui-même ; dans les autres cas, il n'avait qu'une *condictio ex lege*.

II. — *En quoi la caducorum vincatio différerait du jus accrescendi*

Nous venons d'insister, un peu longuement peut-être, sur la nature de la *caducorum vindicatio*, mais il nous semble qu'il était indispensable d'être fixé sur ce point ; car les différences nombreuses que nous allons signaler d'avec le *jus accrescendi* ont là leur point de départ et n'en sont que la conséquence logique.

68. — 1^o Et d'abord la *caducorum vindicatio* n'avait rien d'obligatoire pour celui qui était appelé à en bénéficier ; le *jus accrescendi*, au contraire, était forcé. La raison de cette différence est que les *caduca* ne sont attribués aux *patres* qu'à titre de récompense. Or il n'eût pas été logique de leur imposer les dispositions *caduques* ; il pouvait en effet se présenter des successions mauvaises, et alors, le droit aux *caduca* n'eût été qu'un leurre pour ceux qui en jouissaient. D'ailleurs, en dehors du danger qu'aurait pu lui faire courir une hérédité criblée de dettes, le *pater* pouvait être en proie à des scrupules légitimes et il convenait de lui permettre d'en tenir compte. Le législateur, en effet, ne s'était inspiré que de ce qu'il croyait être l'intérêt public : et, au mépris de la volonté du testateur, il avait arraché aux uns les dispositions auxquelles ils étaient appelés pour en faire bénéficier ceux pour qui la sollicitude du défunt avait été moins grande. Comment dès lors ne pas reconnaître le droit de refuser les *caduca* à ceux qui, respectueux des intentions du défunt, préféraient s'en tenir à leur vocation propre, plutôt que de s'enrichir au détriment des personnes dont la seule faute était de n'être pas mariées ou de n'avoir pas d'enfants ?

69. — 2^o L'accroissement s'opérait de plein droit ; la *caducorum vindicatio* n'avait pas lieu *ipso jure*. Cette proposition n'est que le corollaire de celle qui précède ; la *caducorum vindicatio* n'étant pas obligatoire, il fallait, de toute nécessité, pour jouir de la faveur de la loi, que les *patres* fissent connaître leur volonté d'en profiter, et tandis que le *jus accrescendi* s'opé-

rait sans nouvelle adition, à l'insu du cohéritier ou du colégataire et malgré lui, la *caducorum vindicatio* ne produisait ses effets que par l'exercice de l'action donnée par la loi. La cause qui rend l'accroissement forcé ne se retrouve point ici ; la part défaillante en effet accroît à une personne qui avait sur elle des droits identiques à ceux du défaillant ; tous les deux avaient vocation au tout ; dès lors en acceptant leur propre part, chacun d'eux s'était engagé pour l'avenir à recueillir ce qui viendrait à défaillir ; car en acceptant pour partie, ils avaient néanmoins accepté pour le tout, et une nouvelle adition serait superflue de la part de celui qui profite de la vacance. La part caduque, au contraire, est tout à fait indépendante du legs fait à celui à qui elle est déférée : ce sont des droits de nature différente et rien n'empêche qu'on puisse accepter l'un sans l'autre. Car la personne, qui est à la fois pater et héritier, réunit en elle deux qualités qui n'ont rien de commun l'acceptation de l'une ne fait point présager l'acceptation de l'autre. — Deux aditions, deux actes de volonté sont donc nécessaires pour prouver qu'on consent à les réunir toutes les deux sur sa tête. D'ailleurs le § 3 des fragments, « de jure fisci » est formel : « sane si post diem centesimum patres caducum vindicent, omnino fisco locus non est. » Ce n'est donc qu'après cent jours que la *caducorum vindicatio* était possible (car c'était précisément pendant ce délai que les incapables pouvaient purger leur incapacité) ; mais le texte ajoute : « si patres vindicent » c'était donc là la condition nécessaire pour écarter le fisc : à défaut d'elle, on n'était pas admis à profiter des *præmia patrum*.

3° 70.— De ce que les parts caduques n'étaient pas acquises de plein droit, on conclut logiquement qu'elles ne devenaient transmissibles aux héritiers des pères qu'après que l'on avait exercé la vindictio. Le droit d'accroissement, au contraire, était rétroactif; il avait lieu *portionis portioni* et passait aux héritiers d'un institué, même au cas de mort de ce dernier avant l'ouverture du jus *accrescendi* : car l'institué était censé avoir requis *ab initio* la totalité de la chose et transmis tous ses droits à ses héritiers dès le jour de l'adition. Mais s'agit-il, par exemple, d'un héritier pater appelé à recueillir une institution testamentaire caduque, au cas où il mourait avant d'avoir pu exercer la *caducorum vindictio*, mais après avoir fait adition d'hérédité ; voici comment les choses se passaient : les droits qu'il avait à cette hérédité étaient transmis aux héritiers, puisqu'il y avait eu adition ; quant à ses droits à la part caduque, ils étaient définitivement éteints, son inaction les ayant empêchés de se fixer sur sa tête ; ils ne passaient donc pas à ses héritiers et la dévolution s'en opérait au profit des *legatarii patres*, puis du fisc à défaut de ces derniers.

71. — 4°. L'accroissement avait lieu *sine onere*, au moins jusqu'à Septime Sévère ; au contraire Ulpien nous dit (*Reg. XXVII-3*) : « *caduca cum suo onere fiunt ; ideoque libertates et legata et fideicommissaria de eo data ex cuius persona hereditas caduca facta est, salva sunt : scilicet et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca* ». Le pater recueillant une hérédité caduque devait donc en exécuter les charges, legs, fideicommiss ou affranchissements. Le

motif de cette différence est toujours emprunté au même ordre d'idées : l'héritier bénéficiant de l'accroissement ne faisait que recueillir son propre droit d'une manière plus complète ; au lieu de se substituer au droit d'un autre, il réalisait sa vocation (*singulis solidum datum*) ; aussi aucune raison de lui imposer les charges qui grevaient un autre que lui. Au contraire, le pater prenait la place d'un *cœlebs* ou d'un *orbus* ; il était comme son substitué et la part qu'il recueillait était exactement celle qu'aurait recueillie l'incapable. Enfin l'attribution des parts caduques était une attribution nouvelle, faite *lege* ; aussi fallait-il la prendre avec les *onera* qui l'accompagnaient.

72. — 5° La *caducorum vindicatio* portait sur les dispositions caduques ou quasi caduques, l'accroissement sur des parts vacantes. Or, la vacance suppose l'absence complète de successeurs, soit que les appelés ne veuillent, soit qu'ils ne puissent accepter. La caducité est tout autre, et elle atteint non les dispositions qui manquent leur effet par suite du défaut des bénéficiaires éventuels, mais celles qui sont enlevées par la loi, à cause de la déchéance dont elle les frappe, à des personnes qui, peut-être, auraient pu ou voulu en tirer profit.

Au premier cas, la défaillance provient du manque de successeurs ; dans le second elle n'est due qu'à leur indignité.

73. — 6° Dans le *ius caduca vindicandi*, la *conjunctio*, à l'égard du *legis caduci* au moins, est déterminée uniquement par

la forme de l'institution : et nous avons vu que c'était là la manière la plus plausible d'expliquer l'exclusion des conjuncti re par les conjuncti verbis tantum, telle qu'elle résulte de la loi 89, de legatis. Au contraire, en matière d'accroissement et d'hérités testamentaires caduques, on s'attacha toujours à la volonté même du testateur et on tint compte, avant tout, de la solidarité de vocation établie par lui, encore qu'elle résultât de deux institutions séparées.

74. — 7° Quand il s'agit d'accroissement pour les legs vacants, nous savons qu'il faut distinguer selon la forme du legs et décider qu'il n'y a lieu au jus accrescendi que si le legs est per vindicationem. La caducorum vindicatio, appliquée au legs caducs, ne tient pas compte de la forme qui leur a été donnée; et la conjunctio donne aux colégataires la priorité, qu'il s'agisse de legs per vindicationem ou per damnationem Gaius (II. 208) nous en donne un témoignage formel :
« Sed plerisque placuit, quantum ad hoc jus quod lege Papia conjunctis constituitur, nihil interesse utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit. »

III. — *Restait-il des cas où le droit d'accroissement était demeuré applicable ?*

75. — Les lois Caducaires ont eu pour effet de changer en cas de caducité tous les cas de vacance du droit civil. Et en effet elles atteignaient même les in causa caduci ; or nous

avons admis qu'on entendait par là toutes les dispositions vacantes par l'effet des anciens principes. En présence de cet état de choses, il est permis de se demander si la *caducorum vindictio* n'avait pas complètement absorbé le *jus accrescendi* et dans quelles hypothèses ce dernier était demeuré en vigueur. Nous en signalerons six :

1° La première se présente lorsqu'il y avait des personnes ayant le *jus antiquum* ; nous avons dit, à maintes reprises, qu'elles étaient absolument restées en dehors des lois *Caducaires*, et que n'étant pas appelées à recueillir les dispositions défailtantes par suite du *jus novum*, elles avaient au moins conservé tous les droits que la législation antérieure leur avait reconnus ; par suite le *jus accrescendi* leur était applicable et c'était d'après lui qu'on réglait, à leur égard, les dispositions *in causa caduci*.

2° Les successions *ab intestat* avaient, elles aussi, été épargnées par les lois *Julia* et *Papia* et le *jus accrescendi* s'y appliquait (Arg. tiré d'un fragment d'Ulpien déjà cité et qui appelle caduc tout ce qui est laissé *par testament*, « *quod quis sibi testamento relictum* » (Reg. XXVII. 1).

3° Les successions testamentaires des militaires étaient soumises à des règles spéciales « *propter nimiam* », *imperitiam* à cause de leur trop grande ignorance du droit. Et notamment ils pouvaient valablement disposer au profit d'un *orbis* ou d'un *cœlebs* sans que la disposition fut entachée de caducité (Gaius II. 111). De même « *habent liberum arbitrium quibus veliut relinquendi* », dit la loi 7 § 1 *delegatis*. Le fait d'être, institué par un militaire purgeait donc l'incapacité qui ré-

sultait de l'orbitas ou du célibat et c'était encore l'ancien jus accrescendi qui était en vigueur quand il s'agissait de distribuer les parts vacances.

4° La caducorum vindicatio n'était pas obligatoire, avon-nous dit ; il en résultait que si les patres, puis l'ærarium venaient à répudier les parts caduques, force était bien d'avoir recours à ce jus accrescendi, puisqu'on ne pouvait laisser le défunt partie testat, partie intestat.

5° De même on était d'accord pour dire que l'accroissement continuait à jouer son rôle, toutes les fois qu'il s'agissait de dispositions pro non scriptis, de celles qui n'avaient jamais fait naître la moindre espérance, puisqu'elles étaient nulles ab initio.

6° Enfin le droit d'accroissement en matière de legs d'usufruit. Il ne faut d'ailleurs pas chercher, dans cette condition anormale, l'idée d'une faveur quelconque, et l'exception que nous signalons était la conséquence des principes mêmes qui régissaient la matière de l'usufruit.

Il n'était pas admissible, en effet, que, par suite du jus patrum, le titulaire de l'usufruit vînt à changer ; le choix du testateur avait été absolument personnel, et ne pas en tenir compte, c'était rendre plus longue ou plus courte la durée fixée par le testament. D'un autre côté il eût été trop com-mode, en donnant à une libéralité la forme d'un usufruit, d'éluder les lois ordinaires ; aussi n'avait-on jamais hésité à frapper ce droit des déchéances réservées aux célibes et aux orbi. Si donc ce testateur avait légué un usufruit à deux personnes, 1 et 2, cette dernière étant cœlebs, la part de 2

sera caduque; mais au lieu d'être attribuée au héritiers patres, ainsi que l'auraient voulu les règles de la *caducorum vindictio*, c'était le colégataire 1 qui en profitait *jure accrescendi*, encore qu'il fût *cœlebs* ou *orbus*, la personnalité de l'usufruit ne permettant pas de laisser passer ce droit à d'autres titulaires que ceux choisis par le testateur.

D'ailleurs le maintien du *jus accrescendi* dans les legs d'usufruit n'était pas sans présenter quelques dérogations aux règles généralement admises.

a) C'est ainsi que l'accroissement avait lieu *portionis personæ* et non *portioni*, et la raison en est toujours dans la nature essentiellement personnelle du droit : soit donc trois colégataires, 1, 2 et 3 ; 1 accepte et meurt ; 2 répudie ou bien est *cœlebs*, sa part accroîtra à 3 seul, qui n'aura pas à subir le concours des héritiers de 1 ; car c'est 3 seul qu'a eu en vue le testateur et il serait injuste de le forcer à partager avec d'autres personnes que celles qu'avait spécialement désignées le défunt.

b) Enfin l'accroissement peut se produire sans qu'il y ait vacance et alors même que les parts ont été recueillies : « *sed in usufructu hoc plus est..... quod et constitutus nihilominus amissus jus accrescendi admittit* » (77 fragm. vatic.) supposons deux colégataires d'usufruit 1 et 2; ils ont tous les deux accepté, puis 1 meurt, sa part accroîtra à celle de 2, au lieu de passer à ses héritiers comme on aurait fait en cas de legs de propriété : car 2, par l'effet de la vocation de 1,

avait été obligé de partager ; mais 1 disparu, rien n'empêchait plus 2 de réaliser en entier la libéralité à laquelle il avait été appelé (Accarias I. p. 1084).

Il est donc vrai de dire qu'en matière d'usufruit, « nihil refert conjunctim an separatim relinquatur » (même texte que celui qui vient d'être cité plus haut) ; l'identité de vocation, la conjunctio re n'est pas indispensable à l'accroissement, qui se produit ici alors même que le legs a été fait avec assignation de parts.

CHAPITRE IV

DISPARITION PROGRESSIVE DU SYSTÈME CRÉÉ PAR LES LOIS CADUCAIRES

76. — Le système établi par les lois Caducaires avait eu, nous l'avons vu au début de notre étude, la double prétention de porter remède à la dissolution des mœurs et de venir en aide au trésor public, en l'appelant à bénéficier des nouvelles mesures. On avait espéré qu'une judicieuse combinaison de peines et de récompenses engagerait les citoyens à contracter des unions légitimes : dans l'esprit du législateur, la crainte des déchéances pour les uns, l'espoir d'un profit pécuniaire pour les autres, auraient suffi à opérer le miracle et à amener dans les mœurs une rénovation, qu'il eût été puéril de demander au seul effort de la volonté, sans la perspective d'un intérêt matériel immédiat.

L'effet attendu était, on le voit, considérable ; mais quand on songe au résultat obtenu, combien grandes n'avaient pas,

été les illusions qu'on s'était faites au début ! N'était-ce pas d'ailleurs, infailliblement le sort réservé à une législation qui, faisant violence aux mœurs et battant en brèche les plus vieilles institutions, n'avait pas hésité, pour atteindre son idéal, à édicter les mesures les plus tyranniques ? Aussi ne faut-il pas s'étonner que, bien loin de trouver auprès des Romains la fortune rêvée, les lois Caducaires aient été l'objet de modifications successives, qui, commencées avec Caracalla, poursuivies par Constantin, devaient enfin aboutir à la Constitution de Justinien « de caducis tollendis » c'est-à-dire à l'abrogation définitive.

Toutefois, en dehors des atteintes même du législateur, elles avaient encore eu à lutter, d'une part, contre de nombreux expédients, et, d'autre part, contre les ressources que d'autres principes avaient inspirées pour en écarter l'explication. Nous diviserons donc ce chapitre en cinq paragraphes :

- a) Des expédients illicites.
- b) Des ressources légales.
- c) Constitution de Caracalla.
- d) — — Constantin.
- e) — — Justinien.

I. — *Des expédients illicites.*

77. — Justinien lui-même y fait allusion au début de sa Constitution, lorsqu'il déclare que les lois Caducaires furent dé-

s'approuvées par les hommes les plus sages et qu'on s'était ingénier à trouver « *multas vias per quas caducum ne fieret* ». Nous les avons presque tous signalés au cours de notre étude ; aussi n'y insisterons-nous pas longuement,

1^o En parlant des patres, nous avons dit qu'un seul enfant légitime donnait à son père les avantages attachés à la paternité. Or, pendant longtemps, on trouva dans l'adoption un moyen de bénéficier des récompenses et de se mettre à l'abri des peines ; car « *in plurimis causis, adsimilatur is qui adoptatus est ei qui ex legitimo matrimonio natus est* » (Inst. I. 11. 8.) A bien des égards, l'assimilation était donc complète entre l'adopté et l'enfant né d'un mariage légitime ; et notamment, on en concluait que les *præmia patrum* étaient réservés à ceux mêmes dont la paternité était toute fictive. Mais c'était oublier que les lois Caducaires avaient songé, avant tout, à favoriser la fécondité dans le mariage. Aussi Tacite nous a fait connaître l'existence d'un sénatus-consulte, rendu sous Néron, qui prohiba pour l'avenir l'emploi de cet expédient vraiment trop simple d'être admis à la *caducorum vindicatio*, et détruisit sur ce point l'assimilation dont parlent les *Institutes*.

2^o Les fidéicommiss furent pendant longtemps sans force, *infirmi* « *quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus fuerat* ». Leur exécution dépendait uniquement de la bonne foi du grevé de restitution et n'était garantie par aucun lien de droit : « *nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur* » (Inst, II 23. 1) Un tes-

tateur avait recours à ce procédé toutes les fois que la personne qu'il voulait ratifier ne pouvait rien capere ex testamento (Gaius I. 205) ; il disposait alors au profit d'une personne capable de figurer dans un testament et le priait de transmettre à l'autre le bénéfice qu'elle aurait pu en tirer elle-même par le fait de son institution. Figurons-nous donc avoir affaire à un cœlebs ou à un orbus : l'emploi du fidéicommiss était ici tout naturel, il l'était même d'autant plus qu'en l'absence de tout caractère obligatoire, les lois Caducaires n'avaient pas cru devoir les frapper de caducité, lorsqu'ils s'adressaient à d'autres qu'à des patres. Il y eut donc là pendant un temps assez long, un moyen bien simple d'appeler à bénéficier de dispositions testamentaires ceux qui, par leur situation, auraient dû en être indignes. Il en fut ainsi, nous l'avons vu, jusqu'au jour où le sénatus-consulte Pégasien, regardant le fidéicommissaire comme un véritable héritier, étendit aux fidéicommiss les prohibitions jusqu'ici restreintes aux hérédités et aux legs (Gaius II. 206).

3° Ce n'était pas assez d'avoir fait tomber les fidéicommiss sous le coup de la règle commune, « le législateur devait prévoir que les testateurs seraient désormais tentés de réaliser d'une manière cachée ce qu'ils ne pouvaient plus demander ostensiblement ; les fidéicommiss, en faveur de cœlibes et d'orbi, allaient cesser d'être patents pour devenir tacites » (Machelard. p. 259). A l'égard de cette nouvelle fraude à la loi, voici ce qui fut décidé : toutes les fois qu'on aurait fait, par un moyen quelconque, la preuve de l'existence d'un fidéicommiss tacite s'adressant à un incapable, l'héritier grevé de res-

titution se verrait enlever au profit du fisc la succession qu'il était tenu de rendre ; il ne pourrait même pas garder, par devers lui, le bénéfice qui lui avait été accordé par extension de la loi Faleidie et qui est connue sous le nom de quarte Pégasienne (c'était là une décision empruntée au sénatus-consulte Plancien (D. 35. 2. 59 par. 1). Enfin celui qui a ainsi prêté la main à une infraction aux lois Caducaires ne méritait plus les faveurs qu'elles dispensaient aux patres ; aussi Ulpien (Reg. XXV. 17) le déclare incapable d'user de la caducorum vindicatio, au cas où il serait pater : « nec quadrantem eum deducere senatus censuit, nec caducum vindicare ex eo testamento si liberos habeat ».

II. — *Des ressources légales.*

A côté des procédés illicites, la loi venait elle-même au secours du testateur et lui permettait, en deux hypothèses, de disposer de son patrimoine, sans avoir rien à craindre des déchéances établies.

78. — 1° Les principes qui régissaient la substitution vulgaire fournissaient un moyen certain d'empêcher que « caducum fieret ». Elle constitue en effet une institution en sous ordre, subordonnée à cette condition que l'institué du premier degré ne voudra ou ne pourra recueillir, et faite généralement en ces termes ; « si ille heres non erit, ille heres esto ». Pour que le substitué fût admis à recueillir l'hérédité, il fallait être certain que l'institué ne remplirait pas son degré

en faisant addition ; il fallait aussi qu'au jour de l'ouverture de son droit, le substitué fût vivant et capable. Mais, toutes ces conditions réunies, le substitué prenait complètement la place de l'institué : il tenait complètement ses droits du disposant : « non habet a gravato, sed a gravante ». Sans doute il recevait les biens substitués par l'intermédiaire du grevé qui les lui transmettait, mais c'est à la libéralité du testateur qu'il les devait.

Ces principes rappelés, on comprend aisément pourquoi la substitution avait lieu cum onere et combien il était facile d'écarter l'application des règles du droit d'accroissement ou de la caducorum vindicatio. S'il s'agit de cette dernière par exemple, il suffisait au testateur de substituer une personne capable à l'orbus ou au cœlebs appelé en première ligne. Ainsi supposons deux héritiers ; 1 cœlebs, 2 solidi capax, si le défunt a pris soin de substituer 2 à 1, 2 recueillera la part de 1, par suite de sa vocation personnelle, alors que les règles présidant à la dévolution des parts caduques auraient, au contraire, fait décider que la part de 1 profiterait, dans cette hypothèse, aux légataires patres ou au fisc : car 2, solidi capax, était bien admis à conserver en entier la disposition à laquelle il était appelé, mais c'était là le seul avantage dont il jouissait et il n'avait par lui-même aucun titre à bénéficier des jura patrum.

Supposons maintenant 1 orbus ; la moitié des parts profitera à 2 ; mais ce sera, encore ici, le résultat de la substitution, jure substitutionis, et non pas l'effet des lois nouvelles, secundum leges novas.

Si, au lieu de deux héritiers, il s'en trouve trois : un cœlebs, 2 solidi capax ou ayant le jus antiquum, substitué à 1, et 3 pater, 2 écartera 3, malgré sa qualité de pater et prendra la part caduque de 1 — Soit encore la même hypothèse, mais avec substitution réciproque entre les héritiers : la part de 1 sera attribuée à 2 et à 3, au lieu de profiter à 3 seul.

Enfin, et nous empruntons cet exemple à M. Accarias (l. p. 1017), supposons deux institués, 1 et 2 ; 2 est substitué à 1 ; à 2 est substitué 3 qui n'est pas lui-même institué ; 1 et 2 sont cœlibes. Il semble, d'un côté, que 3 n'aurait dû recueillir que la part de 2, puisque ce n'est qu'à 2 qu'il est substitué ; et, d'un autre côté, que la part de 1 va être attribuée aux différents patres suivant l'ordre prescrit par les lois Caducaires. Mais ici encore la caducorum vindicatio sera écartée ; car le par. 3 du livre II, titre 25 des Institutes, nous dit que lorsqu'à un institué, 1 dans notre hypothèse, on substitue son cohéritier 2, et à celui-ci un tiers 3, il a été décidé que 3 serait admis aux parts de 2 et de 1, en cas où elles seraient vacantes. C'est ce qui s'énonce sous cette forme quelque peu étrange : « substitutus substituto videtur et instituto substitutus ». Donc, pour en revenir à notre hypothèse, 3 bien que substitué à 2 seulement, recueillera la part de 1 comme celle de 2 et le jus novum sera mis en défaut une fois de plus.

79. — 2° Les jurisconsultes avaient reconnu la validité de l'institution ou du legs fait sous la condition « quum liberos habuerit » ou « quum capere potuerit » (D. 28. 5. 62 princ.). Or n'est-ce pas faire évanouir les sanctions pénales des

lois Caducaires que permettre ainsi au défunt d'autoriser l'héritier qu'il institue à vivre dans un célibat prolongé en dehors du délai légal, sans qu'il ait à encourir les déchéances attachées à cet état ? Grâce à l'apposition de cette condition, l'adition d'hérédité était reculée jusqu'à l'accomplissement de l'événement prescrit ou attendu. Pendant tout le temps intermédiaire, le sort de la libéralité restait en suspens ; le célibat ou l'orbitas de son destinataire ne pouvait la rendre caduque ; car la question de la caducité ne se posait que lors du dies cedens ; or dans une institution conditionnelle, la diei cessio n'avait lieu qu'à l'arrivée de la condition. Un testateur pouvait donc librement donner à ses héritiers le moyen de braver impunément les prescriptions les plus sévères. Aussi n'est-il pas étonnant que cette faculté exorbitante n'ait été admise que par pure bienveillance, « per benevolentiam ». Il faut d'ailleurs y voir la preuve péremptoire de la défaveur qui accueillit le nouveau régime, et un exemple de ces nombreuses « viæ per quas caducum non fieret » dont Justinien nous signale l'existence.

80. — Rappelons aussi que les empereurs contribuèrent eux-mêmes beaucoup à énerver la législation en vigueur : la concession du jus liberorum, d'où résultait l'exemption des déchéances attachées au défaut de paternité, leur était souvent demandée ; c'était pour eux l'occasion d'augmenter leurs ressources ; aussi se gardaient-ils bien de manquer semblable aubaine et exauçaient-ils toujours la requête qui leur était présentée.

III. — *Constitution de Caracalla*

81. — Nous avons dit précédemment qu'après les patres, les dispositions frappées de caducité étaient dévolues à l'*ærarium* c'est-à-dire au trésor du peuple. Or un texte d'Ulpien (Reg. XVII) nous apprend qu'à partir d'Antonin Caracalla, « *omnia caduca fisco vindicantur* ».

Quelle portée faut-il attacher au droit désormais reconnu au fisc, c'est-à-dire au trésor impérial, d'user de la *caducorum vindicatio*? Est-ce une substitution pure et simple du fisc à l'*ærarium*, sans qu'il y ait aucun changement dans l'ordre jusque-là reconnu pour exercer les *præmia patrum*? Ou bien la réforme a-t-elle eu un effet plus considérable qui aurait précisément consisté à supprimer les avantages attribués à la paternité pour faire des caduca, en vertu d'une sorte de confiscation, le bénéfice exclusif du trésor impérial? Les deux opinions ont été soutenues.

82. — *Première opinion.* Les partisans de la suppression des *jura patrum* font remarquer la différence des expressions employées par Gaius et par Ulpien traitant le même sujet. Le premier, qui vivait avant Caracalla (211-217 de notre ère) nous expose, dans toute sa pureté, le système créé par la loi Papia; c'est même grâce à ses *Institutes* qu'on a pu connaître l'ordre dans lequel les caduca étaient revendiqués par les pères et l'indication précise de ce qu'était cette *vindicatio*; jusqu'à leur découverte, on était demeuré dans une

vague incertitude à ce sujet ; mais depuis 1820, nous sommes complètement initiés à ce qui avait été jusqu'alors un mystère et le droit des patres ou de l'*ærarium* à profiter des dispositions des *leges novæ* ne fait plus de doute pour personne. Ulpien, au contraire, était un contemporain de Caracalla ; après nous avoir donné une définition des *caduca* dans le titre 16 de ses *Regulæ*, il nous apprend, au titre suivant, qu'ils profitaient au fisc et nulle part il ne fait allusion aux privilèges des patres. Que conclure de ce silence, sinon que, de son temps, le *jus patrum* avait disparu, faisant place aux droits exclusifs du trésor impérial ? Les *Regulæ* étaient probablement un livre d'enseignement, une sorte de manuel renfermant les principes du droit ; dès lors est-il possible d'admettre que le jurisconsulte ait ainsi oublié de mentionner les droits reconnus aux patres, s'il était vrai qu'il en existait encore ?

La faveur dont jouissait la paternité était cependant assez grande et assez anormale pour mériter d'être au moins signalée. — Le texte même d'Ulpien fournit deux arguments en faveur de cette doctrine. Il est dit tout d'abord que le fisc revendiquait « *omnia caduca* » tous les caducs ; cette façon de s'exprimer serait-elle exacte si tous les patres passaient avant le trésor ? De plus des mots « *sed servato jure antiquo liberis et parentibus* », il résulte qu'Ulpien a voulu opposer le *jus antiquum*, maintenu en faveur de certaines personnes, au droit récemment reconnu au fisc ; or à quoi eût servi une semblable antithèse, si l'on admet que le fisc est simplement substitué à l'*ærarium* ? Il était bien inutile d'établir un contraste

entre deux prérogatives, celle du *jus patrum* et celle du *jus antiquum*, qui devaient continuer à subsister l'une aussi bien que l'autre. Enfin cette prétendue substitution ne constituait-elle pas, avec l'ancien droit, une différence trop peu considérable pour mériter d'être mentionnée, alors surtout qu'on ne trouve nulle trace de ce que nous avons le plus d'intérêt à connaître ? D'ailleurs cette manière de voir cadre fort bien avec ce que l'histoire nous a appris de la fiscalité de Caracalla ? N'est-ce pas lui qui avait doublé l'impôt du vingtième sur les hérédités et pourquoi n'aurait-il pas aussi cherché à enrichir son trésor en lui attribuant tous les caducs ? On ne peut donc pas expliquer autrement que par la suppression des *præmia patrum* le silence absolu tenu par Ulpien à leur égard, au lieu même où il était indispensable d'en parler.

Dans ce système, il est vrai de dire qu'après Caracalla, les déchéances continuèrent à atteindre *cœlibes* et *orbi* ; mais il n'y eut plus de récompenses et la paternité ne fut plus un titre suffisant pour faire bénéficier les pères des dispositions testamentaires enlevées à leurs destinataires indignes. L'intérêt fiscal qui, jusque là, n'avait été que secondaire, fut désormais la seule raison d'être des incapacités anciennes : et l'espoir d'une régénération des mœurs, l'attente d'un accroissement de la population ingénue avaient fait placer dans l'esprit du législateur, à l'unique désir de trouver un moyen d'accroître les ressources impériales : les lois caducaires étaient devenues entièrement fiscales. Telle est l'opinion partagée, parmi beaucoup d'autres, par MM. Ortolan et d'Hautville.

83. — *Deuxième opinion.* Elle soutient, au contraire, qu'il ne faut voir dans le texte d'Ulpien que la preuve certaine de la confusion qui s'était opérée entre le trésor de l'empereur et celui du peuple, sous l'influence de cette idée que le peuple avait transmis à l'empereur « omne imperium suum et potestatem ». (Instit. I. 2 § 6). Les caduca profiteront donc à l'empereur au lieu de tomber dans l'aerarium ; mais c'est la seule modification apportée à la législation antérieure. Les prœmia patrum subsistent et le fisc, comme autrefois le trésor du peuple, n'est admis à vendiquer les caduca qu'autant que les patres font défaut pour un motif quelconque.

Nous avons en effet des textes qui nous parlent du maintien des privilèges de la paternité après Caracalla, deux sont d'Ulpien lui-même (Reg. I. 24 ; XXV. 17) ; et bien qu'ils traitent de matières spéciales, on est obligé d'en reconnaître toute l'importance. Car rien ne prouve que le jurisconsulte n'a voulu y donner que des notions historiques, en nous rapportant des solutions admises par une législation éteinte.

Un texte de Justinien est encore plus probant (par. 14 Const. de caducis tollendis) ; l'empereur nous déclare formellement que le fisc, de son temps encore, était appelé le dernier « ad caducorum vindicationem ».

En dehors de l'appui que ce système trouve dans les textes que nous venons de citer, il est encore possible de répondre directement aux arguments tirés du § 2 du titre 17 des Regulæ. Le mot d' « omnia » n'a rien qui doive nous surprendre ; car il est exact de dire que le fisc est admis à revendiquer tous les caducs, mais à la condition d'ajouter et de

sous-entendre qu'il ne peut réaliser sa vocation qu'après les patres.

Enfin l'opposition qu'on a cru voir entre le *jus antiquum* et les droits du fisc et l'argument qu'on en a tiré disparaissent si l'on donne au texte une autre ponctuation, et si l'on fait terminer le § 2 après le mot « *vindicantur* » reportant ainsi les autres mots « *sed servato jure antiquo liberis et parentibus* » en tête du § 3, qui commence par ces mots : « *caduca cum suo onere....* ». De telle sorte que le *jus antiquum* est mis en parallèle non pas avec le prétendu droit pour le fisc de recueillir les *caduca* d'une manière exclusive, mais avec les principes auxquels obéit la *caducorum vindicatio* : tandis, en effet, que le *jus accrescendi* s'opérait, nous l'avons vu, *sine onere*, au moins jusqu'à Septime Sévère, la revendication des dispositions caduques ne pouvait avoir lieu qu'à la condition d'acquitter les charges.

Cette manière d'expliquer l'antithèse que suppose la mention du *jus antiquum* est due à Schneider ; elle a, il est vrai, eu tort de modifier la division du texte qui est ordinairement admise ; mais elle n'a, en somme, rien de choquant : car « le « *manuscrit d'Ulpien ne contient aucune division, et par « suite le caprice des éditeurs ne saurait faire loi* », comme le dit fort bien M. Machelard.

Quant à l'argument tiré du silence gardé par Ulpien, relativement aux *præmia patrum*, rien ne nous prouve que le texte de son ouvrage nous soit arrivé complet et sans lacunes : aussi doit-on présumer une suppression, bien plus qu'un oubli ou une négligence du jurisconsulte.

Nous admettrons donc comme certain que le privilège des patres s'est maintenu jusqu'à Justinien et que la Constitution de Caracalla n'a eu d'autre portée que de donner une consécration législative à la substitution, opérée en fait depuis longtemps, du fisc à l'*ærarium*. Si l'on reconnaît, en effet, que tous les *caduca* allaient désormais être dévolus au fisc seul, il n'y avait plus de sécurité pour aucun testament :
« Une dissolution de mariage, une mort d'enfant, d'institué
« ou de légataire déjouait les précautions prises par le testa-
« teur. En présence du risque que couraient les dispositions
« testamentaires de ne pas être le bénéfice de ceux qui y
« étaient appelés, le parti à prendre était de rester intestat ;
« et une grande restriction dans l'usage des testaments, aux-
« quels tenaient tous les Romains, devait être le résultat des
« lois *Caducaires*, aggravées par la prédominance du fisc »
(Ortolan, *Hist. et général.* p. 340).

84. — Ces quelques lignes sont précisément empruntées à l'un de nos adversaires ; c'est donc qu'ils sont les premiers à se rendre compte de la gravité des conséquences qu'entraînait l'adoption de leur système. Pour tâcher d'y porter remède, comme aussi pour chercher à concilier leur doctrine avec les textes qui supposent le maintien de *jus patrum*, quelques-uns d'entre eux ont prétendu que la Constitution de Caracalla n'avait eu qu'une durée très courte et que son successeur Macrin l'avait abolie, faisant ainsi revivre les privilèges de la paternité ; si bien que, pourvue de ce tempérament, la première opinion ne diffère de la seconde qu'en un

point, à savoir que, d'après celle-ci, les *præmia patrum* n'ont jamais subi d'éclipse totale jusqu'à Justinien, tandis que, pour celle-là, supprimés totalement par Caracalla, ils ont ensuite survécu jusqu'au jour de l'abrogation finale. L'intérêt de la controverse semble donc assez minime ; toutefois, même réduite à ces termes, nous ne croyons pas devoir partager la première opinion ; déjà la concession qu'elle croit bon de faire semble bien dangereuse pour l'ensemble du système. De plus elle s'appuie sur un texte de Dion Cassius (78. 12), auquel elle donne une interprétation trop extensive : cet auteur nous apprend bien, en effet, que Macrin réduisit de moitié l'impôt sur les successions qu'avait augmenté Caracalla ; mais il n'est dit nulle part qu'il modifia, en quoi que ce soit, la législation antérieure sur les *caduca*. L'appui qu'on tire du texte faisant défaut, il faudrait régulièrement en conclure que les *caduca* furent définitivement enlevés aux pères : or, nous avons des textes formels en sens contraire. Nous concluerons donc en disant que la Constitution de Caracalla, loin d'abolir les récompenses créées par la loi, ne fit que changer, sans modifier l'ordre de dévolution, l'un de ceux qui avaient été appelés à profiter des déchéances et remplacer l'*ærarium* par le *fiscus*, le trésor du peuple par celui de l'empereur.

IV. — *Constitution de Constantin* (320)

85. — Après une longue période de lutttes et d'efforts, le

christianisme finit par trouver en Constantin un appui tout puissant et par être mis sous la protection des lois et du gouvernement. Dès lors son influence sur le droit, qui n'avait été jusqu'à ce jour, qu'une influence indirecte, devint de plus en plus marquée, et les idées nouvelles qu'il professait réagirent sur les institutions privées pour en modifier l'esprit et les tendances. Cette infiltration lente et continue se manifeste à nos yeux d'une manière éclatante dans la Constitution de Constantin intitulée : « De infirmandis pœnis cœlibatus et orbitatis » (code Théod. 8. 16 ; Code Justin. 8. 58. 1.)

Les lois Caducaires avaient été inspirées par le désir d'augmenter la population ingénue et de favoriser la paternité, en faisant de la stérilité une source de déchéances. Pour atteindre leur but, elles avaient fait du mariage une véritable spéculation ; loin d'être l'union volontaire d'un homme et d'une femme, « liberorum quœrendorum causa », les justæ nuptiæ devinrent simplement le moyen de réaliser les avantages pécuniaires attachés à la qualité de patres ; on avait, en quelque sorte, la main forcée, et, si l'on se maria encore, ce ne fut plus dans l'espoir de laisser quelqu'un de son sang après soi, mais avec la seule pensée d'être à l'abri des incapacités résultant du célibat. Aussi Plutarque a-t-il pu dire, à juste titre : « Les Romains se mariaient pour être héritiers, non pour avoir des héritiers ».

86. Sous l'influence du christianisme, deux idées nouvelles se firent jour, en contradiction totale avec celles que

la dissolution des mœurs avait depuis longtemps enracinées dans l'esprit des Romains.

a) D'une part le mariage fut élevé à la hauteur d'un sacrement ; c'est l'union, pour toujours, de deux existences, « consortium omnis vitæ ». « Que l'homme ne sépare point ceux que Dieu a unis » (Saint Mathieu, 19. 6.) Si cependant cette union n'est pas complètement indissoluble, le divorce, réglementé sévèrement, n'est admis qu'en certains cas déterminés, et celui des deux conjoints qui répudie l'autre sans cause est puni de peines sévères. Avant l'arrivée du christianisme au contraire, le mariage était considéré comme un contrat ordinaire et, comme toutes les conventions, pouvait être rompu d'un commun accord. Aussi, défendus à l'origine, les divorces étaient-ils devenus de plus en plus fréquents, surtout depuis les lois Caducaires, qui, poussant les citoyens à des unions précipitées et sans choix, avaient accéléré la dégradation qu'elles prétendaient arrêter.

D'autre part, la chasteté et la continence, bien loin d'être regardées comme une faute envers la société, furent considérées comme une perfection spirituelle ; on n'y voyait plus que l'exercice du droit bien naturel qu'à tout individu de donner à sa vie la direction qu'il lui plaît de suivre. « Le mariage n'est plus une obligation civique ; il est considéré comme un mal nécessaire qu'il faut tolérer, mais dont on doit restreindre l'usage. Et si l'on se rappelle ce qu'était devenue l'union conjugale dans la société romaine, on comprendra aisément que les Pères de l'Église, en présence de cette débauche légalisée qui n'avait du mariage que le

« nom, aient confondu parfois sous leur réprobation le mariage « et l'incontinence » (Gide, Condit. de la femme). Le concubinat est supprimé, les secondes noces défendues ; car « tout second mariage n'est au fond qu'un adultère » (Athénagore, Apologue 28). Enfin dans les luttes de l'Église naissante, l'homme seul trouvait plus d'énergie pour résister au péril de chaque jour ; la haine des persécutions ne pouvait atteindre que lui et il n'avait pas à trembler pour une famille dont les malheurs eussent peut-être ébranlé son courage.

Cet esprit nouveau amena Constantin à rendre une constitution dans laquelle il supprimait les déchéances qui, depuis Auguste, attaquaient cœlibes et orbi. Les uns et les autres furent désormais mis sur le même rang que les gens mariés, « ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur », et comme tout le monde, ils furent admis à recueillir en entier, in solidum, les dispositions testamentaires auxquelles ils étaient appelés : « sitque omnibus æqua conditio capes-
« sendi quod quisque mereatur » ; ils devinrent donc solidi capaces encore qu'ils ne fussent ni alliés, ni parents du défunt. Les femmes qui, jusqu'alors, n'avaient pu jouir de la solidi capacitas, qu'à la condition d'être « ter quaterve enixa », bénéficièrent aussi de la même mesure ; toutefois on maintint à leur égard « legum priscam auctoritatem », et, comme sous l'empire des lois Julia et Papia, il leur fallut toujours un enfant commun pour avoir une capacité entière.

Les déchéances créées par les lois Caducaires étaient donc abrogées ; en faut-il conclure que les avantages faits à la paternité avaient aussi disparu ? Les incapacités venant à faire

défaut, était-il obligatoire que les récompenses suivissent le même sort ? En un mot, la constitution de Constantin a-t-elle eu pour effet de supprimer à la fois déchéances et privilèges, faisant table rase des nombreuses inégalités créées par le *legis novæ* et confondant tous les citoyens dans une situation unique ?

88. — Tout d'abord il ne semble pas que l'existence des *præmia patrum* fut liée intimement à celle des causes de caducité qu'avait introduites le droit nouveau, le *jus novum*. S'il est vrai, en effet, que les *caduca* au sens propre du mot, c'est-à-dire les dispositions défailantes par application des *leges novæ*, formaient le principal appoint des récompenses promises aux *patres*, nous avons vu que la *caducorum vindictio* portait aussi sur les *in causa caduci*, c'est-à-dire sur les parts dont le *jus civile* aurait lui-même prononcé la nullité, ainsi que sur les dispositions dont la défaillance surviendrait entre le décès et l'*apertura tabularum*. Le *jus patrum* avait donc encore un champ d'exercice assez vaste, et il nous faudrait des textes bien précis pour que nous puissions dire qu'il a perdu toute application dans ce domaine restreint. Or la rubrique même de la constitution fait bien allusion à la suppression des peines du célibat et de l'*orbitas*, mais à cela seulement, et conclure de là à la disparition des privilèges de la paternité est absolument arbitraire ; car ceux-ci n'étaient pas un corollaire absolu de celles-là, et si l'on comprend aisément que les *cœlibes* et les *orbi* aient été relevés des incapacités qui les frappaient, on ne voit pas pourquoi on n'aurait

pas continué à faire une situation privilégiée à ceux qui avaient des enfants,

D'ailleurs les patres n'étaient pas les seuls intéressés au maintien de la *caducorum vindictio* ; le fisc, nous l'avons vu, était aussi appelé à l'exercer. Il est même probable, ainsi qu'on l'a justement fait remarquer, que ce sont les considérations fiscales qui ont fait maintenir si longtemps un monument législatif, battu en brèche de tous les côtés. Il fallut à Justinien toute la supériorité de sa clémence pour renoncer aux bénéfices qui en résultaient pour lui ; aussi n'hésite-t-il pas à s'en vanter aux yeux de la postérité et c'est à juste titre qu'il nous parle de sa volonté de faire passer l'avantage de ses sujets avant son intérêt propre « *quod communiter omnibus prodest, hoc privatae nostrae utilitate preferendum esse censemus* », l'intérêt de tous étant aussi le sien « *nostrum esse proprium subjectorum commodum imperialiter existimantes* ».

Enfin nous avons des textes formels en faveur des *præmia patrum* jusqu'à Justinien : Nous venons de citer le passage où cet empereur nous déclare que le fisc était admis le dernier à profiter des *caduca* ; c'est donc qu'il y avait quelqu'un avant lui et ce ne pouvait être que les patres.

Dans un autre endroit de sa constitution, Justinien nous apprend qu'à lui seul revient le mérite d'avoir donné le coup final à une législation qui avait déjà subi bien des modifications, c'est grâce à lui que l'*observatio caducorum* disparut et que la loi *Papia* perdit « *invidiosum suum vigorem* ».

Une constitution d'Arcadius et d'Honorius, postérieure à Constantin, suppose bien que la *solidi capacitas* n'était pas

devenue le droit commun ; car, dit-elle, le *jus liberorum* pourra être réclaté, sans que les postulants soient astreints à avoir dépassé un certain âge. Or nous savons que l'octroi du *jus liberorum* faisait naître, au profit de celui qui l'obtenait, les droits qu'il aurait eus « *si liberos habuisset* ». A quoi aurait servi désormais cette concession impériale si l'égalité était devenue absolue, s'il avait fallu traiter de la même façon ceux qui avaient des enfants et ceux qui n'en avaient pas ? Il fallait donc, de toute nécessité, que les *præmia patrum* eussent subsisté pour que le *jus liberorum* pût présenter encore quelque utilité.

La Constitution de Constantin n'aboutit, en résumé, qu'à faire disparaître les incapacités, mais la *caducorum vindictio* put encore s'exercer, sur un domaine restreint, au profit des pères. Il ne subsiste donc plus que trois des cinq catégories de personnes qu'avaient créées les *leges novæ*.

1° Les *solidi capaces*, comprenant même les *cœlibes* et les *orbi* ; c'est la situation de droit commun ; elle donne droit à la totalité des dispositions testamentaires dont on est l'objet, sans que le droit d'accroissement leur soit ouvert, au cas où une vacance viendrait à se produire.

2° Les personnes ayant le *jus antiquum* ; leur condition n'a pas changé, s'il est vrai d'admettre, comme nous l'avons fait, qu'ils n'ont jamais pu prétendre aux *caduca*, *stricto sensu*.

3° Enfin les pères, dont le privilège est désormais réduit aux *in causa caduci* et aux dispositions dont la défaillance se produit entre le décès et l'ouverture du testament. On ne

voit même pas en quoi leur condition diffère de celle des ascendants ou descendants jusqu'au troisième degré ; car le jus accrescendi s'opère cum onere, depuis Septime Sévère et la caducorum vindicatio a toujours supposé, elle aussi, la transmission des charges. Cependant les patres sont plus avantagés, si l'on songe que, n'ayant droit qu'aux dispositions vacantes jure civili, les personnes ayant le jus antiquum ne purent jamais prétendre à celles dont la défaillance avait lieu entre le décès et l'apertura tabularum.

89. — Une seconde opinion a cependant trouvé beaucoup de partisans, et notamment M. Ortolan (Hist. et général. n° 481) : d'après elle Constantin n'aurait rien laissé subsister du système établi par les lois Caducaires ; déchéances et récompenses, patres et cœlibes ou orbi, tout cela aurait disparu, pour faire place à une condition unique, d'après laquelle chacun aurait eu une égale capacité de recevoir ce qui devait lui revenir : « Sit que omnibus æqua conditio capes-
« sendi quod quisque mereatur » dit en effet la Constitution de Constantin : Justinien, dans sa Constitution, et aucun autre texte ne font allusion aux patres et à leurs privilèges ; l'empereur qui a la prétention d'abolir le système des lois Caducaires ne parle même pas des præmia patrum. Que conclure de ce silence, sinon que ces præmia avaient disparu depuis longtemps ?

L'argument, qu'on a tiré de l'æqua conditio qui aurait été le sort de chacun, ne nous touche guère. Il ne faut pas traduire ces mots en disant que désormais tout le monde aurait

les mêmes pouvoirs et les mêmes droits : on ne doit pas les séparer du reste de la phrase ; ils ne sont que la conséquence, le corollaire des mots qui précèdent et de cette idée que les cœlibes et les *orbi* sont mis sur le même rang que les gens mariés. Donc les uns et les autres, personnes mariées, célibataires ou sans enfants, tous ont la même capacité de recueillir ; tous sont *solidi capaces*, et voilà en quoi ils jouissent d'une *æqua conditio*. Mais d'où peut-on conclure qu'ils ne sont tous que *solidi capaces* ? Où est-il dit en outre que les pères de famille cessent d'être favorisés et qu'avec le droit de recueillir *in solidum* le bénéfice des dispositions personnelles, ils n'ont plus celui de profiter des parts vacantes, non plus *jure novo*, puisque cette cause de caducité a disparu, mais *jure civili* et conformément aux anciens principes ?

Quant à l'argument qu'a fait naître le silence de Justinien, relativement aux *præmia patrum*, il nous est facile d'y répondre que ce prince ne fit que renverser une législation depuis longtemps tombée en désuétude, « *per desuetudinem abolita* » ; il est donc probable que, de son temps, les pères n'usaient plus des prérogatives que leur valait la paternité et on comprendra aisément qu'il ne soit pas fait mention de privilèges abrogés tacitement. D'ailleurs si ces privilèges ne sont pas cités en propres termes, n'y est-il pas fait allusion, d'une manière transparente, dans cette « *caducorum observatio* » qu'abolit Justinien ? Car à qui appartenait cette *observatio*, sinon aux pères, puis, en dernier lieu, au fisc ?

9°. — On s'est encore prévalu, contre nous, d'une Constitution d'Honorius et de Théodose qui déclare qu'il est inutile de demander la concession du *jus liberorum*, puisque ce droit a été reconnu à tous par la loi, « *quod simul hac lege detulimus* ». S'il est vrai que tous les citoyens ont le *jus liberorum* de plein droit, alors même qu'ils n'auraient pas d'enfants et en l'absence d'une concession de l'empereur, que deviennent les *præmia patrum*, les avantages réservés à ceux qui ont des enfants, si ceux qui n'en ont pas leur sont assimilés ? Le *jus patrum*, en admettant que Constantin l'ait laissé subsister, a donc au moins reçu le coup de grâce du jour de la Constitution d'Honorius, en 410 de notre ère.

Comment concilier ce texte avec la nécessité où était la femme, d'après le sénatus-consulte Tertullien d'avoir trois ou quatre enfants pour acquérir le droit de succession ? Comment Justinien aurait-il eu besoin de reconnaître la successibilité de la mère indépendamment de sa fécondité, si, plus de cent ans avant, la femme, même sans enfants, avait eu, d'après la loi, le *jus liberorum* ?

L'explication la plus vraisemblable de cette difficulté remonte à Cujas, adoptée depuis cette époque par la plupart des auteurs. Elle consiste à dire que le *jus liberorum*, dont on nous apprend la disposition, n'est pas celui qui ouvrait à la mère le droit de succéder à ses enfants. Honorius et Théodose ne se sont pas préoccupés de supprimer les conditions de fécondité auxquelles la vocation *ab intestat* de la mère était soumise ; c'est à Justinien qu'appartient cet honneur ; c'est lui qui, tenant compte des sentiments les plus naturels,

des labeurs de l'enfantement, du péril et parfois même de la mort qui en résulte pour la mère, crut devoir venir à leur secours en leur accordant pleinement le droit de succession, « etsi non ter enixæ fuerint vel quater » (Instit. III-3 par. 4). La Constitution d'Honorius a voulu atteindre un résultat tout différent et, au lieu de s'attaquer à une injustice flagrante, elle se contenta d'abroger les restrictions que les lois Caducaires avaient apportées à la capacité respective des époux, en matière de libéralités testamentaires.

Les *leges novæ*, toujours dans le but de donner à l'Etat le plus de sujets possible, avaient en effet subordonné à l'existence d'un enfant commun le droit pour les époux de recueillir en entier les dispositions testamentaires qu'ils pourraient se faire ; à défaut d'enfant commun, « *vir et uxor inter se matrimonii nomine decimum capere possunt* », les époux ne pouvaient se léguer plus de la dixième partie de leur fortune : d'où le nom de « *leges decimariæ* » souvent donné aux lois Caducaires (voir Ulpien Reg. XV et XVI). Mais si les époux « *filium filiamve communem habeant* », la *solidi capacitas* leur est reconnue. C'est ce *jus liberorum* d'une nature particulière qui avait reçu le nom de « *jus communium liberorum* ». Constantin supprima, pour tout le monde, les déchéances attachées au célibat et à l'*orbitas* ; mais, par crainte de moyens de captation facile entre époux, il conserva, vis-à-vis de ces derniers, « *legum priscam autoritatem* », et la présence d'un enfant commun resta toujours nécessaire.

C'est précisément une constitution d'Honorius et de Théodore qui fit disparaître les dispositions des lois Caducaires à

ce sujet : « Inter virum et uxorem rationem cessare ex lege « Papiæ decimorum ; et quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis decernimus, (Code L. 8 t. 58 — l. 2). Le jus communium liberorum n'avait donc plus de raison d'être et c'est tout ce qu'ont voulu dire les deux empereurs dans le passage où ils nous apprennent que, désormais, la demande du jus liberorum est inutile. Les deux Constitutions sont en effet de la même date, adressées au même magistrat ; dans le code de Justinien, il est vrai, elles semblent former deux décisions distinctes et séparées, l'une au titre 58 l. 2, l'autre immédiatement après au titre 59, mais il est très vraisemblable de croire que les deux fragments n'en formaient en réalité qu'un seul, et que le second n'est que la conséquence du premier. Après nous avoir appris que les époux pourraient solidum capere, « nemo posthac a nobis jus liberorum petat » et de dire que toute concession d'un semblable droit n'avait plus, à l'avenir, sa raison d'être.

On ne peut donc pas soutenir qu'à partir de l'an 410, le jus liberorum, lato sensu, resta toujours sans application. Il demeura indispensable à la mère pour lui donner droit à la succession ab intestat de ses enfants ; il continua à exempter de la tutelle, de la curatelle et d'autres charges publiques.

Il n'y eut donc pas d'assimilation totale entre les pères et les personnes sans enfants, puisque celles-ci, pour jouir des avantages de ceux-là, étaient obligées d'avoir recours à une concession de l'empereur. Et si, en vertu de la constitution d'Honorius, l'absence d'enfants devint indifférente

pour la capacité de disposition entre époux si, par suite de la constitution de Constantin, cœlibes et orbi furent, eux aussi investis de la *solidi capacitas*, il faut s'empressez d'ajouter que là se bornait l'étendue de leurs nouveaux droits. Le *jus accrescendi* ne leur fut pas reconnu (et, en ce sens, on pourrait peut-être dire qu'ils continuèrent à être punis, puisqu'ils ne pouvaient réaliser en entier la vocation dont le défunt les avait gratifiés) : les parts, vacantes *jure civile* restèrent le privilège et la récompense de la paternité, et la *caducorum vindictio* y trouva un aliment suffisant pour expliquer son maintien jusqu'à Justinien.

Nous croyons donc vraie l'opinion d'après laquelle la Constitution de Constantin laissa subsister les *præmia patrum*, se contentant d'abolir le système arbitraire qui avait fait de l'*orbitas* et du célibat une situation défavorable,

Constitution de Justinien (534).—

91. — Dès l'année 533, Justinien avait aboli les dernières traces de la législation caducaire (Code I. 17. 1. 2 § 6 ; I. 3 § 6) recommandant aux compilateurs des *Pandectes* de ne jamais faire allusion aux *legs novæ* — L'année suivante, en 534, il rendit la célèbre constitution « de *caducis tollendis* » (C. VI. 51) » dans laquelle il régla le nouveau droit d'accroissement, qui était redevenu le droit commun dans l'empire.

Justinien commence par déclarer la nécessité où il se trouve

de faire disparaître jusqu'au souvenir un système législatif dont les guerres civiles avaient été la cause unique « *ut quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sapiret* » ; d'ailleurs, dit-il, il ne fait qu'enlever « *suum vigorem* » à des dispositions qui, depuis longtemps étaient tombées en désuétude, s'étaient attiré la haine des hommes les plus sages et avaient inspiré une foule de moyens « *per quos caducum non fieret* ». Ainsi étend-il à tous ses sujets le *jus antiquum* qui avait été maintenu au profit seulement des ascendants ou descendants jusqu'au troisième degré, la loi Papia ayant rougi de leur imposer son joug : « *suum jugum imponere erubuit* ».

Ainsi le *jus antiquum* est remis en vigueur, et, comme première conséquence, il en résulte l'abolition de la défense de faire adition d'hérédité avant l'*apertura tabularum* : l'hérédité et les legs seront donc déférés dès le jour de la mort du testateur ; le legs deviendra transmissible a morte testatoris, sans qu'aucune adition ait été nécessaire (1).

Afin que nul n'ignore « *quod vel tollitur, vel reformatur* » Justinien nous apprend qu'on avait coutume de diviser en trois catégories les dispositions testamentaires qui manquaient leur

(1) D'ailleurs cette formalité de l'*apertura tabularum* avait déjà reçu avant Justinien une forte atteinte de la part de Théodore II (Code 6. 52) ; cet empereur avait, en effet, décidé que l'hérédité pouvait être transmise avant l'ouverture du testament dans un cas : c'était lorsque des enfants institués par un ascendant mouraient avant l'ouverture ; ils transmettaient à leurs propres descendants le droit d'hérédité, alors même qu'ils seraient venus à mourir sans avoir eu connaissance de la délation. Voir aussi Constitut. de Justinien (Code vi. 30. 19).

effet pour une cause quelconque : on distinguait les *pro non scriptis*, les *in causa caduci*, les *caduca*. Nous avons dit ailleurs le sens qu'attachait Justinien à ces différentes dénominations et nous avons même montré que sa déclaration n'était pas exempte d'erreur.

Que vont devenir maintenant toutes ces dispositions défailiantes et suivant quelles règles faudra-t-il désormais en opérer la dévolution. Justinien a-t-il purement et simplement abrogé les lois Caducaires et est-il revenu entièrement à l'ancien droit? Ou bien les règles de la *caducorum vindictio* ont-elles conservé quelques-unes de leurs applications, faisant ainsi de la réforme de l'empereur un système mixte, où le *jus antiquum* et les *legs novæ* auraient eu un champ d'exercice distinct?

Cette question mérite une réponse complexe et, pour arriver à connaître exactement la portée des réformes, il est nécessaire de distinguer suivant que la part défailiante est une part d'hérédité ou bien un *legs*.

1° Institutions d'héritier.

A l'égard des parts d'hérédité, Justinien revient à l'ancienne règle, d'après laquelle l'institution défailiante profite, accroît à ceux qui en auraient souffert au cas où elle aurait reçu son exécution; il faut donc agir comme si le défunt n'avait pas disposé au profit de celui qui fait défaut : « il est « naturel, en effet, de supposer que si le testateur avait pu

« prévoir la défaillance qui se produit, il aurait grossi de
« tout ce qu'il a employé à gratifier le défaillant la part de
« celui ou de ceux qu'il n'a réduits que pour former le con-
« tingent de celui qui manque » (M. Machelard p. 283).

Qu'il s'agisse donc d'une disposition *pro non scripta*, in *causa caduci* ou simplement *caduca*, dans tous les cas, les biens que les appelés n'ont pu ou voulu recueillir, resteront « *apud eos a quibus fuerant derelicta* », accroîtront à ceux à qui ils devaient naturellement revenir en l'absence de l'institution défailante et qui en auraient été dépouillés si cette institution était arrivée à effet. Cette formule du « *manere apud eum a quo derelictum est* » revient pour chacune des dispositions vacantes (§ 3. § 4. § 7). Elle n'est que l'application de l'ancien droit, quand il s'agit des *pro non scriptis* à l'égard desquelles les lois *Caducaires* étaient toujours restées indifférentes ; mais à l'égard d'in *causa caduci* ou de *caduca*, c'était l'abrogation pure et simple des *leges novæ* que la décision d'après laquelle ces parts défailtantes profitaient non plus à des pères pour les récompenser de leur paternité, mais à ceux dont l'identité de vocation avec le défaillant était certaine et qui n'avaient pu la réaliser en entier par suite du concours avec les autres institués. — Les principes du *jus accrescendi* sont donc les seuls désormais appliqués quand il s'agit d'institutions d'héritier et tout souvenir de la législation *caducaire* a disparu.

Qu'arrive-t-il, maintenant, si le testateur a établi des *conjunctiones* dans son testament ? Suivra-t-on encore les règles du *jus antiquum* ? A n'en croire que Justinien, le cas qui nous

occupe présenterait une dérogation aux anciens principes : car, après nous avoir annoncé que le jus accrescendi sera son guide dans la dévolution des parts défaillantes, il réserve le cas où il existe un conjunctus : « nisi conjunctus fuerat aggregatus » ; auquel cas, d'après l'empereur, la part défaillante ne profiterait plus à ceux « a quibus fuerant derelicta » — autrement dit, la formule courante s'appliquerait dans toutes les hypothèses autres que celles où il existe un conjunctus.

Quelle conjunctio fallait-il donc supposer pour que la part défaillante profitât à un autre que celui qu'elle grevait ? S'agissait-il seulement d'une conjunctio verbis, en ce sens que l'institution des appelés était faite dans une même phrase ? ou bien fallait-il plus et devait-on supposer la nécessité d'une vocation de deux ou plusieurs personnes à une même chose, la conjunctio résultant alors d'une similitude de droits sur le même objet ? — Il semble bien que Justinien ne se soit attaché qu'à la conjunctio résultant du langage. Lorsqu'il déclare que les institutions sont faites tantôt modo conjunctivo (§ 40), tantôt modo disjunctivo, il s'en réfère bien à la forme dont s'est servi le testateur pour opérer la dévolution de son hérédité. De même, à la fin du même paragraphe, il suppose que la conjunctio résulte de l'unitas sermonis, c'est-à-dire de la réunion de plusieurs institutions en une même phrase.

94. — Faut-il conclure de là que la conjunctio verbis tantum donne un droit de préférence sur les autres institués non conjoints ? Et Justinien a-t-il abandonné le principe d'après lequel le droit d'accroissement ne s'opérerait qu'au profit de

celui dont l'identité de vocation avec le défaillant était certaine, pour ne plus s'attacher qu'au rapprochement de plusieurs noms en une même phrase, alors même que les droits de chacun seraient limités à une portion déterminée ? — Plusieurs systèmes ont été présentés :

Première Opinion — On soutient que le *conjunctus verbis tantum* devait à la forme de son institution le privilège de passer avant celui à quo *derelictum fuerat* : et l'on se fonde sur l'*unitas sermonis* dont Justinien semble faire sa préoccupation unique. Dans ce système, on prétend donc que le *jus accrescendi* est maintenant au profit des *conjuncti re et verbis*, mais qu'il trouve une nouvelle application dans la personne des *conjuncti verbis tantum*.

Deuxième Opinion — On va encore plus loin : car, tout en reconnaissant un droit de priorité même aux *conjuncti verbis tantum*, elle le refuse aux *conjuncti re tantum* : on raisonne par analogie de ce qui fut admis pour les legs, sous l'empire des lois Caducaires.

Troisième Opinion — Dans cette opinion qui n'est en somme qu'un retour au *jus antiquum*, on aboutit au résultat suivant : le droit d'accroissement n'existe qu'au profit de ceux qui sont appelés à la même chose que le défaillant, qui ont, avec lui, une vocation identique. Par suite, il s'exercera si l'on se trouve en présence de *conjuncti re et verbis* ou *re tantum*, ces deux sortes de *conjuncti* réunissant les conditions voulues ; mais

la conjunctio verbis tantum reste indifférente comme par le passé.

Ce dernier système est le seul soutenable. Outre que Justinien a manifesté, à plusieurs reprises, l'intention d'en revenir à l'ancien droit, d'autres textes nous prouvent qu'il n'a attaché d'importance qu'à l'identité de vocation, à la conjunctio re. C'est ainsi que le par. 8 du titre de legatis aux Institutes (II. 20) ne s'occupe que des cas où la chose est donnée en entier à plusieurs, que le modus employé soit conjunctivus ou disjunctivus. De plus en disant que la part défaillante accroît à celui « a quo derelictum fuerat », on suppose bien que ce dernier aurait éprouvé un préjudice au cas où la défaillance ne serait pas survenue ; or ce préjudice ne peut se produire qu'autant qu'il avait lui-même vocation au tout. Mais, s'il s'agit d'un conjunctus verbis tantum, peut-on dire qu'il a un droit in solidum, puisque sa part a été déterminée par le testateur ? Peut-on dire qu'il est un de ceux qui auraient souffert de la non défaillance, puisque la réalisation de l'institution de son conjoint ne diminue pas ses propres droits ? — La nécessité de la conjunctio re est donc virtuellement renfermée dans la formule si souvent employée pour désigner ceux à qui profitent des parts vacantes.

On objecte à ce qui précède que la division, au cas de conjunctio verbis tantum, porte moins sur la disposition elle-même que sur son exécution ; que le testateur n'a peut-être en vue que le cas de concours et qu'il n'a voulu que régler les droits de chacun en pareille hypothèse. — Cette objection n'est guère sérieuse ; car la loi 66 (Dig. 28) dit formelle-

ment qu'au cas de deux conjoints *verbis tantum* dont l'un « *decedit* », fait défaut, la part vacante profite non pas à l'autre seul, mais à tous les cohéritiers, *pro hereditariis portionibus* : « *quia non tam conjunxisse quam celerius dixisse videatur* ».

L'argument qu'on tire de l'*unitas sermonis* et de la généralité du mot *conjunctus*, pour prétendre que la *conjunctio verbis* donne lieu à l'accroissement, n'offre plus beaucoup d'importance si l'on songe que, dans la phrase où ces mots se trouvent, Justinien s'occupe uniquement de donner la raison pour laquelle, au cas de concours d'un *conjunctus* avec un *disjunctus*, ce dernier est primé par l'autre : c'est, dit-il, que les *conjuncti* semblent former la même personne, *unum corpus*, si bien que, l'un venant à défaillir, l'autre s'empare de la part vacante, comme si elle était sienne, « *quasi suam* ». Or pourrait-on dire d'un *conjunctus verbis tantum* qu'il ne ferait que prendre une part déjà sienne, puisqu'il est institué pour une part distincte (1)?

Quant à l'opinion extrême qui fait résulter un droit de préférence de la *conjunctio verbis tantum* et refuse semblable effet à la *conjunctio re tantum*, ce n'est qu'un souvenir de la loi 89, de *legatis*, dont nous avons longuement parlé à propos de la *caducorum vindicatio* s'exerçant sur les legs ; cette anomalie juridique est assez difficile à expliquer lorsqu'il

(1) Le mot « *conjunctus* », malgré sa généralité apparente, ne comprend donc que ceux qui sont conjoints *re et verbis* ; car leur vocation *in solidum* les met seuls dans le cas de recueillir une part vacante *quasi suam*, comme leur appartenant déjà.

s'agit des legs mêmes, pourqu'il n'y ait pas lieu de l'étendre aux institutions d'héritier, du temps de Justinien.

95. — En résumé, le droit d'accroissement s'applique à tous les héritiers testamentaires au prorata de leurs portions héréditaires ; mais quand, parmi les héritiers, il y en a qui sont institués pour la même portion que le défaillant, *re conjuncti*, la préférence est accordée : 1° aux *re et verbis conjuncti* ; 2° aux *re tantum conjuncti*, la simple *verbis conjunctio* restant sans résultat.

Que si tous sont *conjuncti* ou *disjuncti*, la part défaillante accroit à tous les autres, *pro portionibus hereditariis* et non *par parts viriles*.

Si, au contraire, les uns sont *disjuncti*, les autres *conjuncti*, la part défaillante d'un disjoint profite à tous, conjoints ou non ; celle d'un conjoint aux seuls autres conjoints. Toutes ces décisions sont renfermées dans le par. 10.

Il nous est facile, maintenant, de montrer que Justinien a tort de nous présenter comme une exception aux anciens principes de l'accroissement la règle en vertu de laquelle un *conjunctus* l'emporte sur un héritier pur et simple. Le *jus accrescendi*, en effet, suppose l'identité de vocation ; or, au cas de *conjunctio re*, si la part défaillante profite au *conjunctus* seul, c'est que ce dernier a, lui aussi, vocation *in solidum* ; les deux hypothèses n'en forment donc en réalité qu'une seule et, ce qu'on nous donne comme une dérogation à la règle, n'en est plutôt que la confirmation pure et simple.

96. — Demandons-nous, maintenant, comment s'opère, sous Justinien, le droit d'accroissement.

Le jus accrescendi, contrairement à la caducorum vindictio, est forcé ; il a lieu bon gré mal gré (« nolentibus ») et l'héritier, qui a une fois accepté sa part, est obligé de prendre les parts vacantes : « cum sit absurdum ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere » ; l'accroissement s'opère de plein droit, sans qu'une nouvelle addition soit nécessaire, ipso jure.

Peu importe en outre que l'héritier, au profit duquel doit s'opérer l'accroissement vive encore ou qu'il soit déjà mort au moment où cet accroissement survient ; s'il est mort après avoir fixé son droit sur sa tête, c'est-à-dire après avoir fait addition, il a transmis à ses héritiers tous ses droits, même ceux qui pourraient résulter plus tard d'une vacance ; c'est la règle d'après laquelle le jus accrescendi a lieu portionis portioni et non personæ (argt « etiam si jam defuncti sunt » par. 40).

97. — Quant à la transmission des charges, onera, la règle « caduca cum suo onere fiunt » a-t-elle été abandonnée ? Ici la réponse de Justinien varie suivant les cas :

a) S'agit-il d'une disposition pro non scripta, la dévolution s'en opère sine onere « nullo gravamine in hoc superveniente » (par. 3). Au point de vue logique, cette décision est assez peu raisonnable ; car, comme nous allons le voir, si le destinataire n'avait vécu, ne fût-ce qu'un instant, après le

testament, l'accroissement aurait eu lieu cum onere. Or comment expliquer cette différence de traitement, selon que la disposition est nulle ab initio ou nulle un peu plus tard ? Est-ce que l'héritier qui remplace le défaillant a plus de droits que lui ? Dès lors pourquoi l'exonérer de charges que le premier institué eût été obligé d'exécuter lui-même ? L'influence du jus antiquum est ici manifeste.

b) S'il s'agit, au contraire, d'in causa caduci, la transmission des charges est obligatoire (par. 4), comme autrefois pour la caducorum vindicatio; il n'est pas admissible en effet que celui qui « lucrum amplectitur, onus ei annexum contemnit ». Cette solution est d'ailleurs conforme aux intentions du testateur, qui n'a sans doute voulu exempter les héritiers autres que celui de la part grevée qu'autant qu'ils ne toucheraient pas à cette part : mais si une défaillance vient à se produire, il est vraisemblable que le défunt, en présence de cette éventualité, aurait mis les onera au compte de ceux qui bénéficieront de la part vacante.

c) Même solution à l'égard des caduca (par. 9). En prenant cette décision à l'égard des deux dernières dispositions, Justinien ne fit, en somme, que suivre l'état du droit à son époque ; car, nous l'avons déjà dit, depuis Septime Sévère, le jus accrescendi lui-même nécessitait toujours la transmission des onera, l'héritier qui en profitait étant assimilé à un substitué.

Toutefois l'obligation d'exécuter les charges reposant uni-

quement sur l'intention supposée du défunt, toutes les fois que ce dernier avait imposé les onera non pas à la disposition elle-même, mais à son titulaire seul, lorsqu'il en avait fait une obligation toute personnelle, il fallait bien admettre que, cet obligé venant à disparaître, ce dont il était tenu s'éteignait avec lui.

Peu importe d'ailleurs que l'onus « in dando sit constitutum, vel in faciendo », que la charge consiste à donner ou à faire quelque chose. Toutes les fois que le fait exigé pourra être exécuté per alium, « simili modo et a lucrante agnoscitur », l'héritier « lucrans », c'est-à-dire bénéficiant de l'accroissement, sera tenu lui aussi de l'accomplir (s'il s'agit, par exemple, de construire une maison à ses frais). Mais si le fait est de telle nature que celui-là seul, qui en est tenu, puisse l'exécuter, l'héritier subséquent recueillera l'avantage, *lucrum*, sans que le *gravamen*, l'onus en résulte pour lui : « quia hoc neque ipsa natura concedit, neque testator voluit » (Par. 9). Telle serait la décision à donner au cas où le testateur aurait ordonné « in certum locum adire, uxorem ducere » ; les faits ici sont tellement personnels qu'ils ne relèvent que de l'exécution d'un seul.

2° *Legs ou fidéicommiss.*

98. — Avant d'arriver à Justinien, les règles du *jus accrescendi* en matière de legs avaient subi bien des modifications.

On s'attachait d'abord uniquement à la formule employée par le testateur, et, suivant les cas, il y avait lieu ou non à l'accroissement. Le sénatus-consulte Néronien, les enfants de Constantin ensuite avaient bien diminué le prestige reconnu à la formule : mais quant au jus accrescendi, on distinguait toujours selon que le défunt avait voulu faire naître au profit du légataire un droit de propriété ou de créance.

Ce fut Justinien le premier qui refusa toute influence à la forme des legs : « unam omnibus naturam legatis imponentes et antiquam dissonantiam in unam contrahentes concordiam » (Par. 41. Voir aussi le par. 2 du titre de legatis aux Institutes). Le légataire aura désormais à choisir entre l'action réelle, l'action personnelle et l'action hypothécaire ou quasi servienne. L'accroissement pourra avoir lieu dans tous les cas ; car un legs quelconque produit désormais tous les effets attachés à un legs per vindicationem.

99. — Pour les legs comme pour les institutions d'héritier la règle sera désormais la même ; toute vacance ne profitera dans les deux hypothèses, qu'à ceux « a quibus derelictum fuerat », héritiers, légataires, fidéicommissaires ou donataires à cause de mort. Mais si le grevé était un héritier, le legs profitera à lui seul : si le legs était mis à la charge de plusieurs héritiers, le bénéfice en sera partagé entre eux, *pro partibus hereditariis* » Était-il au contraire l'onus de plusieurs légataires, fidéicommissaires ou donataires à cause de mort, le partage a lieu « *pro virili portione, id est pro numero personarum* » ; mais la volonté du défunt devait toujours être res-

pectée, au cas où il aurait pris soin de répartir l'onus d'une manière inégale.

100. — Toutefois le droit des grevés s'efface en présence d'une personne conjointe avec le défaillant. Mais pour que l'accroissement s'ouvre au profit d'un conjunctus, il faut, ici encore, que sur une même chose, plusieurs personnes aient des droits identiques, si bien qu'en cas de concours, elles sont obligées de partager, « partes fiunt », mais qu'en l'hypothèse d'une défaillance de l'une d'elles, les autres sont appelées à en bénéficier, leur vocation ne trouvant plus d'obstacle. — L'*eadem res* étant nécessaire, cette condition ne peut résulter que de la volonté du défunt. Toutes les fois donc qu'une seule phrase ou même deux phrases distinctes auront créé une vocation solidaire « in idem aliquid », lorsque les colégataires seront, selon les expressions consacrées, conjuncti ou disjuncti, la part vacante de l'un d'eux profitera aux autres (V. Instit. de legatis par. 8 tiré de Gaius II. 209 ; voir aussi par. 11 de la constit. de Cad. Toll.).

De ce qui précède il résulte que tout effet est refusé à la conjunctio verbis tantum ; car au lieu d'établir des droits in solidum, elle fixe et détermine les droits de chacun, et la condition de l'*eadem res* n'est pas réalisée puisque chaque colégataire a une part distincte. — Cependant, comme en matière d'institution d'héritiers, quelques auteurs ont soutenu que la conjunctio verbis faisait, elle aussi, naître un droit de préférence. L'argument reste toujours le même : il est tiré de la loi 89 du titre de legatis au Cods et on raisonne

par analogie avec ce qui avait été décidé en matière de caducorum vindicatio. Nous avons déjà repoussé cette manière de voir : aussi ne nous y arrêterons nous pas longtemps. Disons simplement ceci : les exemples que donne Justinien au par. 8 du titre de legatis aux Institutes, les mots *idem aliquid* renfermés dans la première phrase du par. 11 de la constit. de Cad. Toll., la volonté bien souvent exprimée de faire disparaître des lois Caducaires le moindre vestige, l'intention de s'en référer aux anciens principes, tout cela nous prouve d'une façon péremptoire que la *conjunctio*, l'*eadem res est* demeurée, dans les legs, ce qu'elle était jadis, c'est-à-dire une condition indispensable à l'exercice du droit d'accroissement.

401. — Le jus accrescendi s'opérait donc en faveur des personnes gratifiées soit *conjunctim*, soit *disjunctim*. Mais dans les deux cas, les règles à suivre étaient-elles les mêmes ? Non.

a) Le legs est fait *conjunctim*. Ici l'accroissement est facultatif et cum onere ; c'est un retour à la législation Caducaire. A l'égard de la portion du legs vacante, plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

1° Tous les colégataires acceptent : partage entre eux « *pro sua portione* ».

2° Les uns seulement acceptent : partage entre eux « *pro parte virili* ».

3° Tous refusent : retour à ceux « a quibus derelictum fuerat », c'est-à-dire aux héritiers lorsqu'il s'agit d'un legs vacant.

b) Le legs est fait *disjunctim* : le jus accrescendi est forcé (arg^t, « si quidem... maluerint ») : il s'opère pro virili portione et sine onere (Justinien prend même la peine de repousser ce qui était admis autrefois en cas de legs per damnationem fait disjunctim ; on ne pourra plus, malgré la répétition de plusieurs legs pour une même chose, recueillir qu'une seule fois la totalité de la chose léguée ; toute prétention contraire de recueillir d'abord la chose elle-même, puis autant de fois sa valeur qu'elle a de légataires non défaillants moins un, ne saurait être écoutée ; l'empereur flétrit du nom d'avaritia. Toutefois la volonté contraire du défunt devrait être respectée. Par. 11).

102. — Comment peut-on expliquer cette différence entre les legs faits conjunctim et ceux faits disjunctim, au point de vue de la transmission des onera ? Justinien nous en donne lui-même le motif :

1° Au cas de conjunctio re tantum et de legs faits separatim ou disjunctim, la chose léguée est donnée en entier à chacun des colégataires : « hæc solida ejus sit ». Chacun ayant droit de prime abord « prima facie » à la totalité, si l'un des conjoints fait défaut, sa part n'accroît pas à l'autre, elle n'est pas vacante et ce n'est pas un nouveau legs qui vient se joindre au premier, « augere legatum ». Il est plus exact de

dire que le colégataire qui a accepté ne fait que garder en entier un legs qu'il eût été obligé de partager en cas de concours ; la défaillance n'a d'autre résultat que de permettre au conjoint de réaliser sa vocation propre et ce n'est pas le legs d'un autre, mais bien le sien qu'il conserve désormais. Il n'y a donc pas, à proprement parler, accroissement, mais plutôt conservation et exécution pure et simple d'un droit débarrassé de ses entraves ; c'est moins l'application du jus accrescendi que celle du jus non accrescendi : « non alienum, sed « suum tantum legatum imminutum habet ». Dès lors on comprend aisément que le conjoint qui se borne à retenir son propre legs ne soit pas tenu de payer les charges grevant une libéralité autre que la sienne et dont il ne profite pas. Mais si l'onus ne se transmet pas, l'accroissement est obligatoire : car ce n'est là une conséquence du droit à la totalité de la chose et de cette idée qu'on ne saurait accepter et refuser pour partie la libéralité dont on est gratifié.

2° S'agit-il au contraire de legs conjunctim, le droit de de chaque colégataire à la totalité de la chose est moins évident ; à raison même du doute qui plane sur l'intention du défunt, on admet, par faveur, le conjoint à se substituer au défaillant par préférence à l'héritier grevé ; mais cette substitution l'oblige à payer les charges, puisqu'il ne fait que prendre la place de celui qui manqué et que, s'il succède à tous ses droits, l'équité veut aussi qu'il soit tenu de tous ses onera. On peut encore dire que l'accroissement n'est ici qu'un bienfait de la loi et que ce bienfait peut avoir pour compensation matérielle l'assujettissement aux charges. D'un autre

côté, l'accroissement est facultatif : car il y a en réalité deux legs bien distincts, celui du défaillant et celui du colégataire qui a accepté ; ce dernier n'a donc recueilli qu'une partie et, pour que l'autre lui revienne, une seconde acceptation est nécessaire ; encore aura-t-il bien soin de ne la faire qu'autant qu'il y trouvera son avantage et que l'obligation à laquelle il sera soumis de payer les onera, lui laissera la perspective d'un intérêt quelconque à recueillir.

Tel est le système de Justinien : malgré la volonté qu'il avait eue d'en faire disparaître complètement les lois Caducaires, il en avait parfois subi l'influence.

103. — Du système de l'ancien droit où l'accroissement est force et sine onere et de celui créé par Justinien dans lequel le jus accrescendi est soit forcé et sine onere, soit facultatif et cum onere, lequel est le meilleur ? Ni l'un ni l'autre ne répondent complètement à la volonté probable du testateur et nous serions tentés, à l'imitation de M. Machelard et de ce qui est admis dans notre droit actuel, d'en adopter un troisième, dans lequel l'accroissement serait toujours facultatif et cum onere.

a) Que l'accroissement soit toujours cum onere, quelle que soit la formule employée, cela se conçoit aisément. La charge, que le legs soit disjunctim ou conjunctim a été imposée moins à un légataire déterminé qu'au legs lui-même.

Le testateur peut ainsi s'exprimer : « Je lègue la maison A à 1 et à 2 ; mais 2 paiera 100 à 3 » ; ou bien : « Je lègue la

« maison A à 1 ; je lègue la maison A à 2 ; mais 2 devra
« payer 100 à 3 ». Qu'importe la différence de formule ?
Est-ce que dans les deux cas, 3 n'est pas appelé à recueillir
100, qu'il prendra sur une moitié de l'hérédité ? Faut-il pen-
ser, au contraire, que, dans la seconde formule, 1, ayant un
droit personnel à la totalité de la chose, ne fait que recueillir
son droit propre et réaliser sa vocation en entier, que, par
suite, la charge imposée à 2 ne lui incombe pas ? Mais, s'il en
était ainsi, que deviendrait la libéralité à laquelle 3 était
appelé ? Et d'ailleurs est-il exact que, dans la pensée du tes-
tateur, 1 et 2 étaient chacun désignés pour la totalité de la
maison A ? « A moins de supposer que le testateur igno-
« rait, quand il écrivait une ligne, ce qu'il avait écrit deux
« lignes plus haut, il est évident que dans ce cas tout comme
« dans la conjunctio re et verbis, le testateur a compris que
« chaque légataire n'aurait qu'une part de la chose (1) ». Enfin, en exonérant 1 des charges imposées à 2, on accorde
à 2 plus que le montant des deux legs réunis, puisque, si 1
et 2 avaient accepté, le legs total aurait été diminué de 100
et que, 1 venant seul, il aura la maison sans avoir rien à payer
à 3 ; or, il n'est pas admissible que l'héritier grevé d'un legs
soit tenu d'une somme plus forte quand un des legs est caduc
que si les deux legs recevaient leur effet ; pas plus qu'il n'est
vraisemblable de croire que les droits de 3 étaient subor-
donnés à l'acceptation de 2. Il semble bien, au contraire,
qu'en gratifiant 3 de 100, le testateur ait voulu que cette

(1) Dem. et Colm. de Santerre. Code civil IV, page 391.

somme soit prise sur une moitié du legs et que le legs total soit diminué de ladite somme ; si donc 2 accepte sa part, ce sera lui qui paiera 3 ; mais à son défaut, cette obligation passera à 1 qui bénéficiera de la défaillance de 2.

b) L'accroissement, avons-nous encore dit, devrait toujours être facultatif : ce n'est là qu'une conséquence de la transmission obligatoire des charges. Car il n'est pas admissible qu'un légataire dont la part est nette, voit son bénéfice diminué par l'adjonction d'une part défailante qui a été moins bien traitée. En conservant notre exemple, nous dirons qu'il est appelé, quoi qu'il arrive, à recueillir la moitié de la valeur de la maison A et le testateur n'a pas voulu que les 100 soient payés par 1. Si cependant, en cas de défaillance, ils ne peuvent se refuser au paiement, c'est à la condition que la charge n'atteigne pas son émolument propre et qu'elle ne dépasse pas la valeur de la part défailante. L'équité la plus élémentaire exige donc que 1 ne soit pas tenu d'accepter la part de 2 et de laisser empirer sa situation sans pouvoir y mettre obstacle. D'ailleurs, même au cas où on s'opposerait à l'application du jus accrescendi à son égard, les droits de 3 continueraient à être sauvegardés ; car la part de 2 profiterait alors à l'héritier, mais à la condition, pour lui, de payer les charges dont elle était grevée, c'est-à-dire les 100 dus à 3.

L'opinion que nous venons de soutenir, d'après laquelle le droit d'accroissement serait toujours facultatif et cum onere a été admise, chez nous, par Pothier et Ricard ; et ce sont les

principes qu'il faudrait appliquer, en pareille matière, dans notre droit actuel.

104. — Il est de doctrine courante que les législateurs du Code civil n'ont fait que reproduire dans les articles 1044 et 1045, la doctrine romaine et qu'ils ont même largement subi l'influence de cette loi 89, de *legatis*, dont nous avons si souvent parlé et d'après laquelle la *conjunctio re tantum* ne donnerait naissance à aucun droit de préférence. Il résulte, en effet, des articles que nous venons de citer que l'accroissement s'opère :

a) Toujours entre *conjuncti re et verbis*.

b) Jamais entre *conjuncti verbis tantum*.

c) Au cas seulement où la chose n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, quand il s'agit de *conjuncti re tantum*.

Cette dernière restriction n'est, dit-on, que le souvenir de la loi 89 et l'interprétation erronée de l'antithèse que Paul, en ce fragment, semble établir entre le *conjoint re et verbis*, et le *conjoint re tantum*, dont le premier « *coeteris præfertur* » et dont l'autre « *non est potior* ». Comment expliquer autrement que par le respect aveugle qu'on portait aux lois romaines la décision qui n'attache un droit de priorité à la *conjunctio re* qu'autant qu'elle est accompagnée de cette circonstance toute fortuite que la chose léguée n'est pas divisible sans détérioration ? Est-ce que la *conjunctio re*, au contraire, n'établit pas le droit de chacun des colégataires à la totalité d'une manière plus évidente encore que la *conjunctio re et verbis*,

qui, par la réunion de deux ou plusieurs noms en une même phrase, peut laisser supposer une assignation de parts tacite? Comment dès lors se rendre compte de la préférence accordée à cette dernière, si on ne suppose pas que les rédacteurs du Code ont été égarés par une fausse analogie et qu'ils ont appliqué, chez nous, une règle qu'une mauvaise habitude de langage avait fait admettre à Rome, au cas seulement de *caducorum vindicatio* et à l'encontre de tous les principes admis en la matière?

Nous ne croyons cependant pas que les reproches adressés aux rédacteurs de notre Code soient bien fondés; et au lieu de les taxer d'inconséquence pour avoir implanté en notre pays une décision étrange, même en droit romain, nous sommes d'avis, à l'imitation de M. Colmet de Santerre (IV. p. 393) que l'exclusion presque totale de la *conjunctio* est la preuve d'un changement de point de vue dans notre législation et la conséquence logique d'une doctrine nouvelle. — Comme en droit romain, la *conjunctio* est encore la base du droit d'accroissement (*arg.* 1044.1.); mais, au lieu de s'attacher, comme autrefois la *conjunctio re*, à l'identité de vocation quelle que soit la formule dont elle résulte, les législateurs français se sont préoccupés surtout de la réunion des légataires en une même phrase, de la *conjunctio verbis*.

Nous avons déjà dit, lorsque nous soutenions que le droit d'accroissement devrait toujours être *cum onere*, quelle valeur toute relative il fallait attacher au raisonnement d'après lequel la *conjunctio re* serait bien plus probante que la *conjunctio verbis* quant à l'étendue des droits conférés par le testa-

teur, et combien il était vraisemblable de croire que, dans tous les cas, le testateur avait prévu la division du legs ; car que le testament présente cette formule :

« Je lègue la maison A à 1 et à 2 » ou celle-ci ; « Je lègue la maison A à 1 ; je lègue la même maison à 2 », il est de toute évidence que le défunt, dans les deux hypothèses, a prévu le concours de 1 et de 2 et, par suite, la restriction de leurs droits respectifs. Le point de départ, en droit romain, n'était donc pas rigoureusement exact et il n'est pas étonnant que notre code ait songé à le modifier ; et au lieu de reconnaître une efficacité plus grande à la conjunctio re par rapport à la conjunctio re et verbis, on a été conduit à renverser les rôles, par suite du raisonnement suivant : « le legs caduc « doit profiter à celui qui devait l'acquitter, à moins que le « testateur n'ait modifié cette règle par une substitution vul- « gaire. Or la loi a pu considérer le rapprochement de deux « légataires dans la pensée du testateur, leur union dans « l'expression de cette pensée, comme établissant entre eux « une certaine relation et produisant une sorte de substitu- « tion vulgaire tacite, tandis qu'une relation semblable ne « peut être signalée entre des légataires institués séparément, « et entre lesquels cette séparation même rend impossible « toute idée d'association » (Dem. et Colm. de Sant. IV. 394 et 395). Il est donc logique que la conjunctio re et verbis produise un effet tout autre que la conjunctio re ; car l'une est accompagnée d'une substitution tacite incompatible avec la seconde. Toutefois, même en cas de conjunctio re, l'accroissement pourra se produire, au cas d'indivisibilité ma-

térielle; car ici, à défaut de substitution vulgaire tacite de la part du testateur, la nature de la chose elle-même conduit aussi à regarder les légataires comme substitués les uns aux autres.

Le code civil, dans les art. 1044 et 1045, a donc complètement abandonné le raisonnement si longtemps admis à Rome. Le peu d'importance reconnu à la conjunctio re est la conséquence logique d'une nouvelle théorie et non le résultat d'une copie servile et mal éclairée d'une des dispositions les plus contestables des lois romaines (1).

(1) Rappelons, en passant, la théorie de Proudhon qui a essayé de soutenir que l'art. 1045 est relatif non pas à la conjunctio re tantum, mais bien à la conjunctio verbis tantum (car, admettant l'accroissement entre colégataires, conjoints re et verbis, il fallait, par a fortiori, le reconnaître aux conjuncti re tantum).

CONCLUSION

Arrivés au terme de notre étude, nous croyons utile de résumer aussi brièvement que possible et de présenter dans une vue d'ensemble les modifications que subit le jus accrescendi dans le cours des siècles. Il est nécessaire de distinguer trois périodes :

A. — La première va du jour indéterminé où la théorie de l'accroissement fut complètement édifiée jusqu'aux lois d'Auguste.

B. — La seconde comprend l'époque comprise entre Auguste et Justinien.

C. — La troisième est le dernier état du droit, tel qu'il résulte des constitutions de Justinien.

I. — *Première période.*

105. — Lato sensu, le jus accrescendi est le droit en vertu duquel les personnes appelées à tout ou partie d'une hérédité ou d'un legs tendant à recueillir le maximum des droits qu'a fait naître à leur profit l'institution du testateur. Son fondement réside dans la vocation solidaire établi entre plusieurs personnes sur une même chose.

A. — *Accroissement entre cohéritiers testamentaires.* — Il résulte ou de la loi, ou du défunt lui-même ; mais ce dernier cas est le plus fréquent.

La conjunctio est le critérium auquel on reconnaît s'il y a identité de droits sur une eadem res.

Trois sortes de conjunctio : re et verbis, re tantum, verbis tantum. Les deux premiers seuls donnent lieu à accroissement.

B. — *Accroissement entre colégataires.* — Il résulte toujours de la volonté du défunt.

Les conjuncti re et verbis sont dits conjuncti. Les conjuncti re tantum sont réputés disjuncti.

Le jus accrescendi, malgré l'existence de la conjunctio re, de l'identité de vocation, ne s'opère que lorsque le legs est fait dans une certaine forme ;

a) Legs per vindicationem. — L'accroissement a toujours lieu.

b) *Legs per damnationem*. — Il n'a jamais lieu, que le legs soit conjunctim ou non.

c) *Legs sinendi modo*. — Il n'a jamais lieu.

d) *Legs per præceptionem*. — L'accroissement existe si le legs s'adresse à un étranger ; s'il s'adresse à un héritier ou à un héritier et à un étranger à la fois, les solutions sont différentes.

Influence du sénatus-consulte Néronien.

C. — *Règles auxquelles obéit le jus accrescendi.*

1° Il s'opère ipso jure, bon gré malgré.

2° Il est forcé.

3° Il a lieu portionis portioni et non portionis personæ : il est rétroactif.

4° Il se fait sine onere ; toutefois, depuis Septime Sévère, la transmission des charges est obligatoire.

II. — *Deuxième période.*

106. — Elle est caractérisée par la coexistence de la *caducorum vindicatio* et du *jus accrescendi*, ce dernier ayant perdu la plupart de ses applications.

a) *Caducorum vindicatio*. — C'est le droit en vertu duquel

les patres recueillent les parts testamentaires échues à des cœlibes ou à des orbi.

Elle s'exerce sur les caduca, sur les in causa caduci, jamais à l'égard des pro non scriptis. — Influence de l'apertura tabularum.

Elle ne porte que sur des dispositions testamentaires.

1° *Sur les institutions d'héritiers.* L'ordre de dévolution est le suivant :

a) Cohéritiers patres conjoints. — La conjunctio re est seule valable. — (Controverse).

b) Cohéritiers patres non conjoints.

c) Légataires patres.

d) Ærarium ; à partir de Caracalla, fiscus.

2° *Sur les legs*, dans l'ordre suivant :

a) Colégataires patres conjoints : ici la conjunctio verbis tantum fait naître un droit de préférence.

b) Héritiers patres.

c) Légataires patres non conjoints,

d) Ærarium, puis fiscus.

B) *Droit d'accroissement.* — Il n'existe plus qu'au profit de personnes ayant le jus antiquum ; à l'égard des successions ab intestat, des successions des militaires ; à défaut de la cadu-

corum vindicatio ; à l'égard des dispositions pro non scriptis et du legs d'usufruit.

C) *Comparaison de la caducorum vindicatio et du jus accrescendi.* — Ils diffèrent :

a) Quant à leur *nature* : L'un est une nécessité de droit, l'autre est un bénéfice accordé par la loi.

b) Quant à leurs *effets* : La caducorum vindicatio est facultative, elle ne s'opère pas de plein droit ; elle n'est pas rétroactive et ne se transmet aux héritiers des patres qu'autant que ceux-ci ont exercé le droit résultant de leurs privilèges ; elle s'opère cum onere ; la conjunctio verbis est efficace en matière de legs.

c) Quant à leur *portée* : La caducorum vindicatio porte sur toutes les dispositions caduques ou quasicaduques ; le jus accrescendi sur les pertes vacantes seulement.

D) *Décadence progressive des lois Caducaires ; leur abolition.* Les motifs en sont nombreux ; elles avaient le tort de faire du mariage un but et une spéculation : elles portaient atteinte à la liberté de chacun ; on avait recours à de nombreux moyens illicites ou même licites pour en écarter l'application (rôle que l'on fit jouer aux substitutions et aux institutions soumises à cette condition « quum capere poterit ») ; le christianisme apporta avec lui des idées de chasteté et de continence, en contradiction absolue avec les anciennes règles.

Pour toutes ces raisons, les *leges novae* étaient fatalement appelées à disparaître. On peut signaler trois étapes dans cette chute progressive :

1^{re} Constitution de Caracalla (211 à 217) le fisc remplace l'*ærarium* ;

2^o Constitution de Constantin (320) : les déchéances qui punissaient les cœlibes et les *orbi* sont abolies ; mais les *præmia patrum* subsistent toujours, bien que le domaine en soit singulièrement restreint.

3^o Constitution de Justinien (534) : Les *præmia patrum* disparaissent eux-mêmes et le retour aux anciens principes est consommé.

III. — *Troisième période*

(A) 107. — La formalité de l'*apertura tabularum* n'est plus le point de départ du *dies cedens*.

Le *jus accrescendi* remplace la *caducorum vindicatio*. Il porte :

1^o Sur les *institutions d'héritiers*. Les parts vacantes accroissent toujours à ceux « *a quibus derelictum fuerat* », à ceux qui en auraient souffert au cas où elles auraient reçu leur exécution.

Néanmoins les *conjuncti* sont préférés aux *grevés*. On ne tient compte que de la *conjunctio re*, de l'identité de la vocation ; la *conjunctio verbis* demeure, comme toujours, indifférente.

S'il y a concours entre *conjunctus re et verbis* et *conjunctus re tantum*, le premier l'emporte.

Le *jus accrescendi* est forcé et rétroactif; il a lieu de plein droit. Il s'opère *sine onere* à l'égard des dispositions *pro non scriptis*, *cum onere* vis-à-vis de toutes les autres dispositions vacantes, sous réserve de la volonté contraire du testateur.

2° *Sur les legs ou fidéicommissis*. La forme des legs est indifférente et il y a toujours lieu à accroissement.

Un legs vacant profite, lui aussi, à ceux « *a quibus derelictum fuerat* ». Toutefois les *conjuncti* passent avant les *grevés*; la *conjunctio re* est seule efficace.

Quant à la transmission des charges, il faut distinguer :

a) Le legs est fait *conjunctim*; l'accroissement est facultatif et *cum onere*.

b) Il est fait *disjunctim*; l'accroissement est forcé et *sine onere*. Nous avons vu le motif de cette différence.

B) En quoi le *jus accrescendi*, sous Justinien, diffère-t-il de ce qu'il était à l'époque classique, dans la première période?

À l'égard des institutions, la seule différence consiste en ce que, sous Justinien, l'accroissement est *cum onere*, ce qui, dans la première période, n'avait été admis qu'à partir de Septime Sévère.

Vis-à-vis des legs : Plus de distinction selon la formule dont le legs est revêtu; l'accroissement a toujours lieu — mais tandis qu'autrefois il était toujours forcé et *sine onere*.

au moins jusqu'à Septime Sévère, sous Justinien, il est tantôt facultatif et cum onere, tantôt forcé et sine onere, selon que la libéralité a été faite dans une même phrase ou dans deux phrases distinctes.

c) En quoi, enfin, diffère-t-il de la *caducorum vindicatio* ? Il suffit de répéter tout ce que nous avons dit, dans la seconde période, sur la même question. Toutefois, à l'image de ce qui avait été admis pour la *caducorum vindicatio*, le jus accrescendi était facultatif et cum onere, lorsqu'on était en présence d'un legs fait conjunctim à plusieurs personnes. C'était là le seul souvenir des lois Caducaires qui eût persisté.

108. — Ainsi disparurent les lois Caducaires. « Quand Auguste proposa ces lois, il rencontra une énergique résistance ; le peuple romain, qui assistait avec une muette indifférence au renversement de toutes ses libertés, se révolta dès qu'on voulut toucher à ses vices ». La loi parvint cependant à passer ; mais Auguste put se convaincre, par une déplorable expérience, que, s'il est aisé à un despote de corrompre et de détruire les vertus publiques, il lui est moins facile de les rétablir (Gide. Condit. de la femme p. 150).

C'est qu'aussi les lois Caducaires, faites pour contenir la débauche, portaient avec elles le germe de débauches nouvelles. Les mariages, loin d'être libres et raisonnés, devenaient le moyen unique de se soustraire à des déchéances et d'avoir droit aux privilèges reconnus à la paternité : l'intérêt pécuniaire, comme aussi la crainte des peines, tels étaient les

seuls mobiles qui inspiraient la conduite de chacun. La hâte apportée à contracter mariage justifie pleinement l'empressement qu'on mettait à dissoudre par le divorce l'union contractée.

On comprend dès lors facilement la persévérance avec laquelle on cherchait toujours à éluder des dispositions dont le moindre défaut était de fouler aux pieds la liberté des citoyens. Aussi bien le législateur ne s'était-il pas laissé arrêter par ces tentatives de révolte et, pour assurer la répression, avait-il inondé l'Italie entière d'une foule de délateurs chargés d'épier la situation réelle et de divulguer la honte des familles. Car l'État était lui-même appelé à bénéficier des nouvelles mesures, et, dès que son intérêt était en jeu, tous les moyens étaient bons qui lui permettaient de mettre à profit sa vocation éventuelle. Toutefois il eût été puéril de compter sur l'amour du bien public pour venir au secours du trésor obéré ; aussi, pour réchauffer le zèle des dénonciateurs, on fit de la délation une vertu civique, et on y attacha de nombreux avantages. Beaucoup d'auteurs, Tacite entr'autres, nous signalent les résultats déplorables qu'amène cette institution légale d'un genre nouveau : « multorumque excisi status et terror omnibus intentabatur. »

Ce n'était pas assez, pour ces lois, d'avoir enlevé au mariage son caractère sacré, pour en faire désormais un moyen et non un but, d'avoir institué une sorte d'espionnage domestique et mis l'honneur des citoyens à la merci de serviteurs à gages ; elles n'hésitèrent pas aussi à porter au droit de tester l'atteinte la moins légitime. Le principe de la liberté de disposition, établi par la loi des Douze Tables, fut rejeté :

l'intérêt social passa désormais avant l'exercice le plus naturel du droit de propriété ; et, sans tenir compte de la volonté des défunts, on attribua leurs biens à ceux dont la paternité avait attiré les faveurs de la loi.

Cette omnipotence de l'État et ce mépris des habitudes les plus chères au peuple romain durent paraître encore plus intolérables, à mesure que les progrès du christianisme firent germer dans les esprits des idées toutes nouvelles et en contradiction absolue avec les motifs mêmes dont Auguste s'était inspiré pour édicter ses réformes. Nous avons eu l'occasion, à propos de la constitution de Constantin, de signaler les principes nouveaux de chasteté et de continence dont l'inspiration étaient due à la religion des premiers chrétiens : aussi ne nous y arrêterons-nous pas plus longtemps.

Faisons simplement remarquer que l'avènement du christianisme fut le signal de la chute finale ; de ce jour là commença l'abrogation lente d'un monument législatif qui avait touché à presque tous les parties du droit et qui, prétendant restaurer les mœurs antiques, avait été la cause d'une dissolution sans exemple de la morale et la pudeur publique. Tant il est vrai de dire, à l'exemple de Montesquieu (*Esprit des lois* l. 19 ch. 14) : « Il ne faut pas faire par la loi ce qu'on ne peut faire par les mœurs... L'orsqu'un prince veut faire
« de grands changements dans sa nation, il faut qu'il réforme
« par les lois ce qui est établi par les lois et qu'il change par
« les manières ce qui est établi par les manières ; et c'est
« une très mauvaise politique de changer par les lois ce qui
« doit être changé par les manières ».

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — Précédents, causes et but des lois Caducaires.	3
--	---

CHAPITRE I

· DIFFÉRENTES CATÉGORIES DE PERSONNES CRÉÉES PAR LES LOIS CADUCAIRES.	15
§ I. — <i>Personnes punies.</i>	16
A). — Cœlebs	16
B). — Orbus	21
§ II. — <i>Personnes récompensées : Patres</i>	23
§ III. — <i>Personnes occupant une situation intermédiaire</i>	27
1°. — <i>Solidi capaces.</i>	28
2°. — <i>Jus antiquum.</i>	33
Appendice. — <i>Apertura tabularum.</i>	42

CHAPITRE II

SUR QUOI PORTENT LES LOIS CADUCAIRES	45
§ I. — <i>Caduca.</i>	46
§ II. — <i>In causa caduci</i>	53
§ III. — <i>Pro non scriptis</i>	57
§ IV. — <i>Extension aux idées connues et aux donations à cause de mort.</i>	58

CHAPITRE III

MODIFICATIONS APPORTÉES AU DROIT D'ACCROISSEMENT PAR LES LOIS D'AUGUSTE.

— CADUCORUM VINDICATIO	61
SECTION I.— <i>Du jus accrescendi avant les lois Julia et Papia</i>	61
I.— <i>Accroissement entre co-héritiers testamentaires.</i>	63
A). — Par l'effet de la loi	63
B). — Par la volonté du testateur	64
II.— <i>Accroissement entre co-légataires</i>	68
III.— <i>Règles d'après lesquelles s'opérait l'accroissement</i>	72
SECTION II.— <i>De la caducorum vindicatio</i>	76
I.— Institution d'héritier	76
II.— Legs	83
SECTION III.— <i>Comparaison de la Caducorum vindicatio</i>	
<i>du jus accrescendi</i>	91
I.— Nature de la caducorum vindicatio	91
II.— En quoi elle différait du jus accrescendi	93
III.— Cas où le droit d'accroissement était demeuré applicable	98

CHAPITRE IV

DISPARITION PROGRESSIVE DU SYSTÈME CRÉÉ PAR LES LOIS CADUCAIRES	103
I.— Des expédients illicites.	104
II.— Des ressources légales	107
III.— Constitution de Caracalla	111
IV.— — Constantin	117
V. — — Justinien	129
1 ^o . — Institution d'héritier	131
2 ^o . — Legs ou fidéi commis	140
CONCLUSION.— Résumé	153
A). — Première période	154
B). — Deuxième période	155
C). — Troisième période	158
Causes de la décadence des lois Caducaires	160

DROIT FRANÇAIS

EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF

SUR LES

INSCRIPTIONS DE PRIVILÈGES OU D'HYPOTHÈQUES

PRISES AVANT OU APRÈS LA FAILLITE

INTRODUCTION

Tout jugement déclaratif de faillite fait passer entre les mains du ou des syndics, représentants de la masse des créanciers, l'administration des biens du failli ; il a pour effet de substituer aux réclamations isolées des créanciers en détresse une procédure collective, où les intérêts de chacun reçoivent une solution identique. Désormais la loi du dividende est seule applicable, et l'actif, qui subsiste encore, est réparti entre tous, au prorata des créances produites. Le failli ne pourra plus avantager les uns au détriment des au-

tres, il est dessaisi et la situation de chacun est fixée pour l'avenir.

2. — Toutefois, il ne suffisait pas d'assurer à la masse des créanciers une répartition équitable des biens du failli existant au jour de la déclaration de faillite. Il fallait aussi leur donner la facilité de réprimer les fraudes que leur débiteur avait pu commettre à leur préjudice, avant qu'un tribunal eût reconnu son état de cessation de paiements. L'emploi, dans ce but, des moyens qu'offrait le droit commun, l'exercice de l'action Paulienne aurait laissé aux créanciers le soin de faire la preuve de la fraude, de l'intention coupable du failli ; c'était, vu la difficulté de la preuve, tolérer le maintien des opérations les moins scrupuleuses et laisser les créanciers de bonne foi à la merci de procédés malhonnêtes. Ce fut là cependant le seul pouvoir que leur reconnut l'ordonnance de 1573 (Titre 2, art. 4) Une déclaration royale du 18 novembre 1702 alla plus loin et frappa d'une nullité de plein droit certains actes particulièrement suspects, s'ils avaient été faits dans les dix jours « avant la faillite publiquement connue » ; les circonstances qui les avaient entourés, l'époque qui les avait vu naître, leur nature même, tout concourait à faire présumer, jusqu'à l'évidence, l'existence d'une pensée frauduleuse et, à leur

égard, toute preuve était absolument inutile. Sous l'empire du code de 1807, la situation resta sensiblement la même ; toutefois la présomption de fraude fut étendue aux actes remontant à dix jours avant la cessation des paiements ; or cette cessation des paiements pouvait être fixée par le tribunal à une date souvent éloignée du jour du jugement déclaratif, c'était singulièrement reculer la période pendant laquelle certains actes étaient considérés comme non avenus.

3. — L'établissement de cette nullité de droit conduisait souvent à des résultats iniques ; elle atteignait, sans distinction, certaines opérations, encore que la bonne foi du failli ou des tiers eût été évidente, alors même par exemple que la faillite eût été le résultat d'un malheur imprévu venant atteindre un homme jouissant d'une considération et d'un crédit bien mérités (V. *Locre Esprit du Code de commerce*, III, p. 93 et suiv.) S'il était utile, nécessaire même, de venir en aide aux créanciers, en leur facilitant la preuve de la mauvaise foi de leur débiteur, il ne fallait cependant pas qu'un système de nullités trop absolu vint porter atteinte au crédit et empêcher les transactions de se faire avec sécurité —, l'intérêt des tiers n'étant pas moins respectable que celui de la masse.

4. — Ces considérations n'aboutirent pas lors de la confection du Code de Commerce et il fallut attendre l'année 1838 pour les voir amener des résultats pratiques. Cette loi en effet établit plusieurs sortes de nullités, les unes de plein droit à l'égard d'actes particulièrement suspects (446), les autres facultatives (447) d'autres enfin obligatoires, si toutefois certaines conditions sont remplies (448 al. 2 et 3).

5. — Notre but n'est pas, ici, d'exposer en entier le système des nullités, tel qu'il résulte de la loi de 1838. Nous bornerons notre travail à un point spécial de ce système, nous contentant d'étudier le sort des inscriptions d'hypothèques ou de privilèges, prises soit avant, soit après le jugement déclaratif ; c'est l'hypothèse réglée par l'article 448, dans ses trois alinéas.

Après avoir ainsi rappelé en quelques mots l'effet d'un jugement déclaratif, sur l'étendue des pouvoirs ultérieurement reconnus au failli et sur ses opérations antérieures, il s'agit de bien préciser le cas qui nous occupe.

Voici d'abord, en entier, le texte du nouvel article 448 :

« Les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite.

« Néanmoins les inscriptions prises après l'époque de la
« cessation des paiements, ou dans les dix jours qui précè-
« dent, pourront être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus
« de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription ».

« Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres entre le lieu où le droit d'hypothèque aura été
« acquis et le lieu où l'inscription sera prise ».

« *Valablement acquis* », dit l'article. La validité du privilège ou de l'hypothèque n'est donc pas en cause et l'acte qui leur a donné naissance est inattaquable, soit qu'il ait été antérieur à la cessation de paiements ou même aux dix jours qui la précèdent (446, al. 3) soit qu'il ait été constitué à la même époque que la créance à garantir, encore que la constitution ait eu lieu pendant la période suspecte (arg. « dettes antérieurement contractées 446 al. 3), mais à la condition que le créancier hypothécaire ait ignoré l'état de cessation de paiements où se trouvait son débiteur, depuis déclaré en faillite (447 in-fine). Il ne faut donc pas qu'à l'égard des privilèges ou hypothèques existant à l'encontre du failli, il y ait lieu d'appliquer ni la nullité de plein droit établie par l'art. 446, ni la nullité facultative de l'art. 447.

7. — Mais, si l'acte qui crée un droit de préférence au profit de certains créanciers, est supposé définitivement acquis et à l'abri de tout soupçon, en faut-il conclure que l'inscription en soit forcément et toujours valable ? On pourrait être tenté de croire qu'il doit en être ainsi, par suite de ce raisonnement bien simple que l'inscription n'est qu'une formalité, dont le but est d'annoncer aux tiers l'existence, sur un bien déterminé, d'un droit de préférence ; que, n'étant en somme qu'un mode de publicité, elle est liée au sort d'un acte, dont elle n'est que l'accessoire et à la validité duquel elle est indifférente ; qu'enfin, par son caractère même, elle ne saurait rien avoir de suspect, puisqu'elle ne fait que conformer et révéler des actes dont la régularité est absolue.

Ce n'est cependant pas l'opinion à laquelle s'est arrêté le législateur. C'est qu'en effet il n'est pas complètement exact de faire de l'inscription une simple formalité ; loin d'être seulement un certain mode de publicité des privilèges ou hypothèques, et bien que, par elle-même, elle ne soit pas constitutive d'un droit nouveau, l'inscription donne à un droit préexistant ses conditions d'exercice ; sans elle, sauf certaines restrictions cependant (art. 2135 C. C.), les sûretés consenties sont inefficaces et ne créent aucun avantage, si léger qu'il soit ; le créancier hypothécaire, qui n'a pas fait inscrire

son hypothèque, ne peut se prévaloir d'aucun droit de priorité vis-à-vis des créanciers chirographaires, et, comme eux, il subit la loi du dividende, au cas où les biens du débiteur commun sont insuffisants. Pour s'assurer le paiement de sa créance, il ne suffit donc pas qu'une personne se fasse consentir une hypothèque, par exemple, il faut encore, et c'est la condition sans laquelle sa sécurité serait illusoire, il faut qu'au moyen de l'inscription il achève ce que la constitution même aurait été incapable de faire à elle seule. Dès lors l'hypothèque nous apparaît comme la conséquence de deux actes, aussi indispensables l'un que l'autre à son existence :

a) L'acte constitutif, qu'il soit l'œuvre de la loi, d'un jugement, ou de la convention des parties (2116).

b) L'inscription, qui est la condition sine qua non à laquelle est subordonnée l'efficacité de l'acte constitutif, car il est de toute nécessité que les tiers ne soient pas lésés par des causes de préférence qu'ils ne seraient pas à même de connaître ; c'est la condition même du crédit : qui voudrait mettre sa confiance en un propriétaire d'immeubles, s'il était possible à ce dernier d'avantager certain de ses créanciers, sans que les autres puissent le savoir ? Après ce qui précède,

il est aisé de voir que l'inscription est autre chose que l'accessoire et le complément d'une sûreté consentie, puisqu'au contraire elle en forme un des éléments essentiels ; il ne semble donc pas nécessaire que son sort et sa validité ne soient que la conséquence de l'acte qu'elle suppose et que celui-ci étant reconnu valable, elle le soit aussi, quoi qu'il arrive.

D'ailleurs, l'inscription des privilèges ou hypothèques pouvait donner lieu à des résultats plus ou moins équitables, s'il était possible de la faire à une époque quelconque, et, à supposer même que la constitution n'ait pas été frauduleuse, il se peut fort bien l'inscription ne laisse pas d'être suspecte.

A la suite d'une entente avec le failli, un créancier hypothécaire pourrait très bien différer, jusqu'à la veille du jugement déclaratif, le moment où il fera inscrire son hypothèque, le débiteur jouira par conséquent d'un crédit fictif, et des tiers, ignorant la sûreté consentie, ne craindront pas de traiter avec lui en toute confiance, pour se voir frustrés du montant de leurs avances le jour où il plaira au créancier hypothécaire de s'inscrire ; il ne serait équitable de laisser les tiers à la merci de semblables fraudes et de leur refuser un moyen de faire annuler les inscriptions tardives.

Deux raisons expliquent donc à merveille, qu'on ne lie pas

ensemble, d'une manière intime, le sort de la constitution d'hypothèque et celui de son inscription.

a) L'une, de droit : c'est que la constitution et l'inscription ne sont pas, entre elles, dans des relations d'accessoire à principal ; toutes deux sont également des éléments essentiels à l'efficacité d'une sûreté, et si la première est inattaquable, on ne voit pas pourquoi en certains cas et pour certaines raisons spéciales, on ne pourrait pas considérer l'autre comme non avenue, la maxime « *accessorium sequitur principale* » ne saurait être appliquée en pareille hypothèse.

b) L'autre de fait : c'est que l'inscription, même à l'égard d'une constitution valable, peut servir à tromper les tiers et à détruire leurs espérances.

Le législateur de 1838 a donc eu raison dans son art. 448, d'attribuer au jugement déclaratif de la faillite des effets fort importants vis-à-vis des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques.

8. — Avant de dire quelles sont les mesures qu'il adopta, quelle avait été, à ce sujet, la législation antérieure.

La question ne saurait se poser sous l'empire de la déclai-

ration de 1702 : car le principe de la publicité de l'hypothèque ne fut posée que par la loi du 5 brumaire au 8 et la déclaration ne s'occupe que des constitutions d'hypothèques qu'elle déclarait nulles de plein droit si elle avaient été faites dans les 10 jours précédant la faillite publiquement connue (1).

La loi de brumaire an VIII applique le même système à l'égard des inscriptions (art. 5) (2).

En 1804, le Code civil déclare (art 2146 al. 1. in fine) que « les inscriptions ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls » — Donc nullité de plein droit à l'égard des inscriptions prises dans ce délai ; de plein droit, en ce sens que le rôle du magistrat se bornait à l'examen d'une question de dates et que la nullité, était obligatoire, si l'inscription avait été faite dans le délai suspect.

En 1807, l'art 443 ne parlait pas des inscriptions, mais il augmentait singulièrement la durée de la période suspecte,

(1) La déclaration de 1702 avait été précédée dans la même voie par un règlement pour la ville de Lyon (1667) qui, lui aussi, créait une présomption de fraude à l'encontre de certains actes passés dans les 10 jours avant la faillite notoire.

(2) Art. 5 « L'inscription qui serait faite dans les 10 jours avant la faillite, banqueroute ou cessation publique de paiements d'un débiteur, ne confère point hypothèque. »

en faisant remonter la nullité aux 10 jours précédant la cessation des paiements, telle que l'aurait fixée le jugement déclaratif ou un jugement de report d'ouverture (441).

Quels étaient donc les avantages d'un système si rigoureux ? Il permettait d'atteindre la fraude plus haut signalée, d'après laquelle un créancier conserve sciemment un faux crédit à son débiteur, en négligeant de s'inscrire le plus tôt possible et risque de tromper les tiers de bonne foi qui, par la suite, viendraient à traiter avec le même débiteur.

Mais l'intérêt des créanciers privilégiés ou hypothécaires n'était pas moins respectable que celui des tiers ; or on s'exposait à sacrifier bien souvent tous ceux qui, de bonne foi et sans entente frauduleuse, avaient retardé l'inscription de leurs sûretés, ou qui n'avaient pas eu le temps matériel de procéder à cette formalité avant la cessation des paiements. Que l'on suppose en effet une convention d'hypothèque faite le 1^{er} janvier ; l'inscription en est prise le 4 janvier, par exemple ; puis le jugement déclaratif de faillite, intervenu plus tard, fait remonter la cessation des paiements au 2 Janvier, l'inscription, prise le 4, sera nulle de plein droit, encore que le créancier hypothécaire n'ait pas été négligent et qu'il n'ait pas soupçonné le mauvais état des affaires de son débiteur.

Il n'est pas étonnant qu'en présence d'un pareil résultat,

on ait essayé de restreindre autant que possible l'application de la loi ; on alla jusqu'à prétendre que l'art 443 du C. de C. avait aboli l'art. 2146 du C. civ. : le premier en effet défendait bien d'*acquérir* aucun privilège ou hypothèque pendant la période suspecte, mais non de les *inscrire* ; dès lors l'inscription n'en était plus nulle de plein droit : elle ne l'était que si la fraude pouvait en être prouvée (V. jug. trib. Sedan 27 juil. 1832, confirmé par un arrêt de la Cour de Metz du 25 juin 1833 — Demangeat sur Bravard (V. p. 298 note) — Cette manière de voir n'était cependant pas exacte (l'art. 443 et l'art. 2146 avaient chacun leur objet distinct et, au lieu de s'exclure l'un par l'autre, ils ne faisaient que se compléter). Toutefois elle avait pour excuse le désir bien légitime de ne pas faire résulter des décisions iniques de la stricte application des textes.

9. — Aussi en 1838 le législateur, prenant en considération l'intérêt des créanciers hypothécaires, permit d'inscrire les privilèges ou hypothèques jusqu'au jugement déclaratif (448 al. 1). Il ne fallait cependant pas sacrifier les tiers aux créanciers, comme, auparavant, on avait sacrifié les créanciers aux tiers ; les intérêts des uns et des autres étaient également respectables. Aussi, pour éviter la fraude déjà signalée à plu-

sieurs reprises, l'art 448 al. 2 et 3 permettait l'annulation de tout inscription, même prise avant le jugement déclaratif, si entre le jour de la constitution et celui de l'inscription, plus de 15 jours s'étaient écoulés. On a pensé que c'était là un délai suffisant et raisonnable pour faire prendre rang à une hypothèque et vivifier un privilège — Toute inscription prise après ce laps de temps est présumée frauduleuse : elle suppose un *concilium fraudis*, et même au cas de bonne foi, le créancier a au moins fait preuve d'une grave négligence en différent si longtemps, négligence qui a pu être préjudiciable aux tiers.

Toutefois comme, ici encore, il est possible qu'il n'y ait eu ni fraude ni négligence à imputer à personne, l'art. 448 a soin de n'établir qu'une nullité facultative (« pourront être déclarées nulles »). Ce sera donc au juge de décider si, même en présence d'une inscription prise plus de 15 jours après l'acte constitutif, il y a lieu de prononcer la nullité ou de tenir compte des explications que le créancier peut présenter de son retard (1).

(1) Toutefois un jugement annulant une inscription ne serait pas suffisamment motivé, s'il énonçait simplement comme considérant : eu égard aux circonstances de la cause (Rouen, 8 mai 1851 Sir. 51, 2 155). Mais, par contre, on ne peut établir en principe que l'inscription ne peut être annulée que lorsqu'il y a eu entente frauduleuse entre le créancier et le failli. Alors même que le créancier serait de bonne foi, si le re-

Le délai de 15 jours est d'ailleurs augmenté d'un jour à raison de 5 myriamètres de distance entre le lieu où ce droit d'hypothèque aura été acquis et le lieu où l'inscription sera prise — car il peut y avoir une grande distance entre les deux endroits, le lieu de l'inscription, c'est-à-dire celui de la situation de l'immeuble, étant souvent distinct de celui de la constitution.

10. — Si donc nous considérons le jugement déclaratif de faillite dans son influence sur les inscriptions d'hypothèques ou de privilèges, plusieurs hypothèses se présentent :

a) L'inscription a été prise avant les 10 jours qui précèdent la cessation des paiements ; elle est inattaquable.

b) Elle a été prise pendant la période suspecte (c'est-à-dire pendant la cessation des paiements et les 10 jours qui la précèdent) elle est valable s'il ne s'est pas écoulé plus de 15 jours depuis la constitution d'hypothèque ; elle peut être annulée si ce délai a été dépassé.

tard a pu causer quelque préjudice aux tiers en les trompant sur la situation du failli, le juge devra prononcer la nullité. La Cour de Bourges (9 août 1848 Sir. 48. 2. 597) a même confirmé un jugement annulant une inscription tardive par cela seul qu'aucun motif sérieux n'avait fait obstacle à l'accomplissement de cette formalité.

c) Elle a été prise après le jugement déclaratif ; alors nullité et nullité de plein droit — conséquence du dessaisissement — (arg. a contrario 448 al. 1).

11. — Quant à la nullité prévue par l'art. 448 al. ret. 3, c'est, avons nous dit, une nullité facultative ; mais elle diffère de celle que prévoit l'art. 447 à plusieurs points de vue. D'abord elle s'applique à des formalités qui sont le fait seul du créancier et auxquelles n'intervient pas le débiteur. Enfin elle n'est point subordonnée à la connaissance de la cessation de paiements ; aussi la période suspecte est-elle, à son égard, plus longue qu'au cas de l'art. 447 et comprend elle même les 10 jours qui précèdent la cessation des paiements, comme les nullités de droit de l'art. 446.

12. — Quant aux conditions d'où dépend la nullité de l'art. 448 al. ret. 3, nous les avons déjà signalées ; il y en a trois :

1° La première est que l'inscription ait été prise pendant la période suspecte, y compris les 10 jours antérieurs à l'ouverture de la faillite.

2° La seconde est qu'il y ait eu plus de 15 jours entre la constitution et l'inscription.

3° Il faut enfin que le juge trouve bon de prononcer la nullité ; il est maître de la situation et peut apprécier, sans contrôle, si les circonstances fournissent une excuse suffisante.

Nous venons de rappeler brièvement l'historique de l'objet de notre étude, et de préciser l'hypothèse qu'a réglé l'art. 448. Passons maintenant à l'étude même de cet article : nous diviserons notre tâche en deux parties :

1° Dans la première consacrée à l'al. 1, nous étudierons la nullité des inscriptions postérieures au jugement déclaratif.

2° La seconde sera réservée aux al. 2 et 3 et à la nullité des inscriptions prises plus de 15 jours après la constitution.

PREMIÈRE PARTIE

NULLITÉ DES INSCRIPTIONS DE PRIVILÈGES OU HYPOTHÈQUES POSTÉRIEURES AU JUGEMENT DÉCLARATIF

14. — « Les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite » (448 al. 1). D'où, a contrario, toute inscription postérieure au jugement est nulle.

Cet alinéa, dont la rédaction est si laconique, a soulevé bien des difficultés. Pour les résoudre, nous croyons utile d'étudier séparément trois questions différentes :

1° Les motifs de l'art. 448. al. 1 et les exceptions qui en résultent.

2° L'art. 448 al. 1 s'applique-t-il à tous les privilèges sans distinction.

3° Doit-il être restreint aux privilèges et hypothèques ?

SECTION I

Motifs de l'art. 449. I ; exceptions qui en résultent

15. — Toute inscription de privilège ou d'hypothèque est nulle lorsqu'elle est postérieure au jugement déclaratif. (1). Il y en a plusieurs raisons :

a) La première est que l'inscription est une sorte de confirmation de l'acte qu'elle complète et vivifie ; et la confirmation ne saurait intervenir au moment où la constitution d'un droit est impossible. (Colm. de Sant. IX 119 bis 1). Or il résulte du dessaisissement établi par l'art. 443 que les biens du failli sont dans l'intérêt de la masse frappés d'une véritable indis-

(1) Toutefois il ne faudrait pas croire qu'il est toujours possible de s'inscrire tant que la faillite n'est pas survenue et qu'aucun autre événement ne peut arrêter le cours des inscriptions — L'art. 6 de la loi de 1855 décide en effet que la transcription de l'aliénation d'un immeuble purge tous les droits déjà consentis sur l'immeuble, mais non encore conservés. Si donc 1 a vendu un immeuble à 2 et que 2 l'ait revendu à 3 au cas où la vente consentie par 2 à 3 aurait été transcrite avant la première, 1 ne pourra plus en faisant transcrire, conserver le privilège que la loi lui donne, pour lui assurer le paiement de son prix (à moins qu'il ne soit dans les 45 jours du premier contrat)

ponibilité et que l'administration en passe entre les mains des syndics ; ceux-ci peuvent donc méconnaître tous les actes que le failli ferait sur son patrimoine et notamment toute constitution d'hypothèque.

b) Du jour du jugement déclaratif, la situation de chacun des créanciers est fixée ; leur droit est limité aux biens appartenant au failli au jour de la faillite ; et les uns ne peuvent pas modifier, par l'acquisition ou l'inscription d'un droit de préférence, l'étendue des droits qu'ils peuvent avoir. Peu importe qu'il ne s'agisse que d'inscrire une hypothèque valablement acquise en vertu d'un titre antérieur : l'inscription en révèle aux tiers l'existence et c'est du jour où elle est prise que la sûreté qu'elle annonce prend rang, s'il s'agit d'une hypothèque, ou devient opposable aux tiers, s'il s'agit d'un privilège. Avant cette inscription, la sûreté ne pouvait produire aucun effet ; c'est donc grâce à cette formalité que le créancier a pu se créer un titre de faveur et c'est précisément ce qu'il ne peut plus faire une fois la faillite déclarée

c) Enfin si l'on accordait un certain délai à partir du jugement déclaratif pour permettre les inscriptions en vertu d'un titre antérieur, on risquerait fort de provoquer des inégalités entre les différents créanciers non encore inscrits ; les créanciers présents pourraient seuls s'inscrire ; le plus diligent, le premier informé de la faillite arriverait ainsi à se créer un titre de faveur opposable à des personnes dont la situation,

à l'égard du failli, était la même que la leur et dont le seul tort était de ne pas se trouver sur les lieux (1).

Pour ces différents motifs, on comprend facilement qu'après la déclaration de faillite, on ne puisse plus acquérir un droit de préférence sur les biens du failli. — Quel est le moment précis à partir duquel il faut appliquer l'art. 448, al. 1 ? L'inscription prise le jour même du jugement déclaratif est-elle valable si elle a eu lieu avant que le jugement même ne fut rendu ? Ainsi l'inscription a été prise à dix heures du matin, la faillite déclarée à trois heures du soir, entraîne-t-elle la nullité de l'inscription qui l'a précédée de quelques heures ?

Il est de jurisprudence constante que, même en l'hypothèse que nous venons de faire, l'inscription doit être considérée

(1) Le principe posé par l'art. 448 al. 1 est adopté dans toutes les législations étrangères, sauf en Angleterre où les transmissions de propriété et les acquisitions de droits réels ne sont soumises à aucune formalité de publicité. Ainsi en Allemagne, l'enregistrement en justice de l'hypothèque consentie n'est possible qu'avant la faillite ; car après le jugement déclaratif, le failli est dessaisi de ses biens et ne peut se prêter à la procédure d'investiture.

Malgré l'identité des solutions données à l'étranger sur le point qui nous occupe, nous croyons que la décision est trop rigoureuse et qu'elle conduit souvent à faire annuler les actes faits en toute loyauté ; pour éviter ces conséquences iniques, peut-être serait-il bon soit d'accorder après la faillite un délai permettant aux créanciers hypothécaires ou privilégiés de se protéger contre les suites d'une catastrophe imprévue, soit d'étendre à la faillite l'art. 6 al. 2 de la loi de 1855 et d'assurer ainsi aux intéressés une période de quarante cinq jours pendant laquelle ils n'auraient rien à craindre de la faillite de leur débiteur ou d'une aliénation consentie par lui. — La loi autrichienne est d'ailleurs entrée dans la voie des tempéraments ; elle décide que la simple demande d'enregistrement formée avant le jugement déclaratif suffit pour garantir de la nullité l'acte incriminé, et qu'il n'est pas nécessaire que le magistrat ait rendu sa sentence dans l'instance engagée.

comme tardive. — Cela résulte d'abord de l'art. 448 lui-même qui nous apprend que l'inscription est possible « jusqu'au jour de la déclaration de faillite » ; donc par a contrario, il est défendu de la prendre ce jour-là et on ne distingue pas selon qu'elle a eu lieu avant ou après le jugement même. — De même nous avons rattaché au dessaisissement la solution que nous donne l'art. 448 ; d'après l'art. 443, le dessaisissement se produit « à partir de la date du jugement » ; or les jugements portent la date du jour où ils ont été rendus et non de l'heure exacte (1). — D'ailleurs si on admettait le contraire, il naîtrait des difficultés de fait pour savoir lequel des deux actes a précédé l'autre (Amiens, 26 décembre 1854 Sir. 56. 2.563 ; C. de cassat. 21 mai 1878 ; Sir. 78. 1.396).

(1) Toutes les législations étrangères n'ont pas admis une solution identique à la nôtre, quant au point de départ du dessaisissement.

a) Les uns le font remonter à une date antérieure au jugement déclaratif ; il en est ainsi en Espagne (Code de Com. de 1885, art. 878) où tous les actes d'administration ou de disposition postérieurs au jour où rétroagissent les effets de la faillite sont nuls et de nul effet ; de même en Hollande (code de 1838 art. 769 et 770), où le failli perd le droit de disposer de ses biens du jour où le mauvais état des affaires pouvait être prévu, et cette notoriété résulte soit de l'introduction de la demande de faillite, soit du dépôt du bilan.

b) D'autres le font partir des mesures de publicité donnée à la déclaration de faillite ; ainsi en Allemagne un tiers est admis à repousser la réclamation faite par la masse, s'il démontre que le paiement opéré par lui a été fait de bonne foi, et dans l'ignorance de la faillite de son créancier. De même en Autriche, depuis 1868, la déclaration ne produit effet qu'à partir du jour de l'affiche dans la salle du tribunal qui la prononce.

Peut être même est-ce cette dernière solution qui est la plus équitable et qui aurait dû être admise chez nous ; elle permet de respecter les actes faits sans la moindre intention frauduleuse ; elle tient compte de la bonne foi des tiers (V. Thaller De la faillite, droit comparé. I. par. 89 et suiv.).

C'est donc à partir de la première heure du jour où il a été rendu que le jugement déclaratif produit son effet.

Cependant M. Labbé (note Sir. 83. 1. 242) proteste contre cette manière de voir et soutient que les mots « jusqu'au jour du jugement » ne signifient pas « jusques et non compris le jour », mais qu'après le jour, les créanciers ne pourront plus s'inscrire. Il invoque plusieurs articles rédigés dans les mêmes termes et qui, interprétés de la même façon, conduiraient à des résultats étranges ; notamment l'art. 443 al. 2 : « A partir du jugement, toute action doit être intentée ou suivie contre les syndics » ; conçoit-on qu'on puisse, dès la première heure du jour où le jugement a été rendu, pour suivre une action contre les syndics, alors que ces syndics n'entrent en fonctions qu'après le jugement lui-même ? D'ailleurs dans le système opposé, n'arrive-t-on pas à des résultats iniques et à annuler des actes faits avec la plus entière bonne foi ? Quoi qu'il en soit et quelle que soit la valeur des arguments présentés par M. Labbé, l'opinion contraire est de jurisprudence certaine et presque absolue.

17.— Nous venons de dire que la déclaration de faillite empêchait, pour l'avenir, l'acquisition d'un droit de préférence au profit d'un des créanciers du failli et que cette prohibition provoquait la nullité de toute inscription, même au cas où le titre qu'elle suppose était antérieur au jugement déclaratif. Il résulte de cette idée que toutes les fois qu'une inscription, au lieu de faire naître une sûreté quelconque, aura pour effet de conserver, de renouveler un privilège ou une hypo-

hèque déjà inscrits, ou efficaces en dehors de toute inscription (comme les hypothèques légales de 213), l'art. 448 al. 1 cessera d'être applicable ; car de cette inscription il ne résultera pas la création d'une situation privilégiée, mais simplement le maintien d'un droit de préférence ; dès lors on ne pourra plus dire qu'un créancier est avantagé au détriment des autres, puisque, en réalité, sa situation ne change pas et qu'il se borne à maintenir des droits définitivement acquis. Lorsqu'on cherche à faire annuler une inscription postérieure au jugement déclaratif, il faut donc, avant tout, rechercher si elle a un caractère acquisitif ou bien conservatoire, si elle est le point de départ d'une condition avantageuse ou la conséquence d'un privilège ou d'une hypothèque dont l'effet était déjà assuré, si, en un mot, elle fait surgir un droit qu'on n'avait pas ou sauvegarde une situation ancienne.

On peut signaler trois applications de cette idée ; ce sont autant d'exceptions à la règle, en apparence absolue, posée par l'art. 448. al. 1.

18. — 1° L'art. 2154 du Code civil, pour rendre plus facile la recherche des inscriptions, oblige à les renouveler tous les dix ans. Si le créancier hypothécaire vient à laisser s'écouler le délai fixé sans renouveler l'inscription, celle-ci se trouve périmée et le rang auquel elle donnait droit disparaît avec elle ; toutefois la créance n'en reste pas moins hypothécaire et la sûreté, faute d'avoir été inscrite, n'en subsiste pas moins ; seulement, pour recouvrer son efficacité, leur nouvelle inscription sera nécessaire, et l'hypothèque

ne sera plus colloquée qu'à la date de cette seconde formalité.

Ces principes rappelés, si l'on rapproche l'art. 2154 de l'art. 448 al. 1, il est facile de voir que, dans certains cas, la règle posée par le Code de Commerce va recevoir des dérogations. Il faut en effet distinguer deux hypothèses :

a) L'hypothèque (ou le privilège) a été inscrite le 1^{er} janvier 1880 et la faillite du débiteur est déclarée le 1^{er} juillet 1889. L'inscription prise le 1^{er} janvier 1880 est valable jusqu'au 1^{er} janvier 1890 ; par suite toute inscription, prise dans ces 10 ans, conservera à l'hypothèque son rang primitif ; la faillite survenue medio tempore, n'empêchera pas le créancier de pouvoir renouveler son inscription pendant toute la période comprise entre le 1^{er} juillet 1889 et le 1^{er} janvier 1890 ; il n'y a, en effet, aucune négligence à reprocher au créancier hypothécaire, qui ne fait qu'user de son droit et a 10 ans pour obéir à la prescription de l'art 2154 ; et, d'autre part, sa situation vis-à-vis des autres créanciers du failli ne change pas, puisque, renouvelée par exemple le 1^{er} septembre 1889, l'inscription continuera à faire prendre rang à l'hypothèque à partir du 1^{er} janvier 1880.

b) Mais si nous supposons que la faillite a été déclarée plus de 10 ans après le 1^{er} janvier 1880 et que le créancier a laissé périmer son inscription faute de renouvellement dans les 10 ans, nous nous trouvons alors dans l'hypothèse même que règle l'art. 448, al. 1. Si le créancier voulait, après la

faillite, réinscrire son hypothèque, cette seconde inscription n'aurait plus qu'un caractère acquisitif, et créerait, à son profit, un droit de préférence qu'il avait laissé s'éteindre; elle serait donc nulle de plein droit. Ici, contrairement à ce qui a lieu généralement, l'absence de renouvellement en temps utile aura entraîné la perte non seulement du rang, mais du droit même du créancier hypothécaire, puisque la faillite empêche la prise des inscriptions, du jour où elle est déclarée.

L'art. 2154 apporte donc une exception à l'art. 448, al. 1, lorsque, nonobstant la faillite, la seconde inscription est intervenue avant que le délai de renouvellement soit expiré.

2° Une seconde dérogation résulte de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855. D'après l'art. 2134, les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit sont dispensées de toute mesure de publicité : indépendamment de l'inscription, elles existent et procurent un rang de préférence déterminé de façons différentes, suivant les cas, par l'art. 2135. Un avis du Conseil d'Etat du 8 mai 1812 avait même décidé que la dispense d'inscription subsistait après la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle. L'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 vint modifier, sur ce dernier point, la législation antérieure et obliger la veuve, l'interdit relevé de l'interdiction, le mineur devenu majeur, leurs héritiers ou ayants cause à inscrire l'hypothèque légale dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle (1).

(1) Il était logique en effet que la dispense d'inscription, fondée sur la publicité de la condition de père ou de tuteur et sur l'impossibilité

Toute inscription, prise dans l'année, conservera à l'hypothèque son rang tel qu'il résulte de l'art. 2135 ; si le délai est expiré, l'hypothèque ne date que du jour où elle est inscrite.

Une question se présente, la même que celle que nous avons exposée au numéro précédent. La faillite, intervenue après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, mais dans l'année qui suit les événements, empêche-t-elle l'inscription requise par l'art. 8 de la loi de 55, au cas où elle n'aurait pas encore été prise ? Ici encore deux hypothèses :

a) Si l'inscription a été prise après la faillite mais avant la fin du délai d'un an, l'art. 448 al. 1 est inapplicable ; car cette inscription ne fait pas acquérir un droit de préférence, mais conserve le rang hypothécaire qui résulte de l'art. 2135 et ne fait que publier un droit préexistant et efficace, indépendamment d'elle. Les autres créanciers ne sont donc pas lésés par la création, à leur encontre, d'un rang de faveur au profit de l'un d'eux ; la situation des uns et des autres reste toujours ce qu'elle était avant l'inscription.

b) Mais, que le délai d'un an se soit écoulé sans qu'on ait-

pour la femme, le mineur ou l'interdit de veiller à la conservation de leurs droits, cessât le jour même où ces différents incapables recouvrèrent ou acquéraient la capacité d'action dont ils étaient privés ; plus de raison du jour de la dissolution, du mariage ou de la cessation de la tutelle, pour leur continuer une situation de faveur que rien n'expliquait plus et pour les soustraire à l'application pure et simple du droit commun.

tenu compte de l'art. 8, l'inscription ultérieure sera nulle ; car elle présente un caractère acquisitif et le rang hypothécaire dépend d'elle et non plus de la loi ; il ne s'agit donc plus de maintenir une situation acquise, mais de fonder un droit qu'on n'a plus, l'ayant laissé disparaître (Cassation 2 juillet 1877 Sir. 77. 1. 445).

20. — 3° L'art. 2151 nous apprend que l'inscription prise pour le capital d'une créance garantit deux années d'intérêts et l'année courante, si, conformément à l'art. 2148, le créancier a pris soin d'indiquer que sa créance était productive d'intérêts et quel en était le taux ; le législateur n'a pas voulu que les tiers pussent être trompés par l'accumulation des intérêts et qu'il fût possible de faire revivre des droits éteints en garantissant sans limite tous les intérêts. Toutefois le créancier pourra bien se faire assurer le paiement de tous les intérêts qui lui sont dus, à la condition de prendre des inscriptions spéciales. Ainsi l'inscription du capital garantit à sa date le paiement de deux années et de l'année courante ; pour le surplus, il faut des inscriptions spéciales, qui ne sont efficaces qu'à partir de leurs dates respectives. A l'égard de ces inscriptions spéciales, la question suivante peut être posée : Ont-elles un caractère conservatoire et par suite peuvent-elles être prises malgré la faillite ? Deux systèmes ont été soutenus :

a) Dans un premier on prétend que ces nouvelles inscriptions rendent hypothécaires des créances d'intérêts qui, sans elles,

seraient chirographaires ; elles améliorent donc la situation de certains créanciers et ne peuvent plus être prises après la déclaration de la faillite. (Boistel n° 916. Demangeat sur Bravard V. p. 298 note).

b) La Cour de Cassation (Sir. 50, 1, 185) décide que l'art. 448 al. 1 ne vise que les créances principales créant un droit nouveau et ne conserve nullement les intérêts des créances précédemment inscrites, qui n'en sont que la conséquence et l'accessoire ; d'où il résulte que la faillite ne saurait empêcher la prise d'inscription pour garantir des intérêts en dehors de ceux que protège l'inscription du capital. Il s'agit en effet bien moins de créer un droit nouveau que de constater le développement d'un droit d'hypothèque régulièrement constitué et publié avant l'événement qui fait obstacle en principe à la prise des inscriptions. Les tiers ne sauraient être trompés ; avertis par l'inscription concernant le capital, il leur était facile de prévoir des inscriptions spéciales postérieures. D'ailleurs l'art. 445 du Code de Commerce décide que, contrairement à ce qui a lieu pour les créanciers ordinaires, les intérêts continuent à courir après la déclaration de faillite au profit des créanciers hypothécaires, c'est donc que ces intérêts peuvent être conservés par des inscriptions particulières même après la faillite ; sans cela, il ne serait plus vrai de dire avec l'art. 445 que les intérêts continuent à pouvoir être réclamés en totalité. Il n'y a donc pas antinomie entre 445 et 448 ; ce dernier article ne s'occupe que des droits nouveaux qu'on aurait la prétention de constituer, tandis que

445 permet le maintien de créances qu'une inscription antérieure pouvait faire présager (Aubry et Rau III. § 285 note 27. Colm. de Sant. IX. 431 bis, 40).

Faisons remarquer que ces inscriptions spéciales ne prenant rang qu'à leur date, elles pourront être primées par l'hypothèque de la masse, si elle est inscrite avant elles (490 C. del.) C'est même là un des cas, assez rares, où cette hypothèque présente quelque utilité (1).

31. — L'art. 448 al. 1, avons-nous dit, suppose des privilèges ou hypothèques nés *antérieurement* à la faillite ; il n'atteint donc pas tous les droits de préférence qui, sur les biens du failli, peuvent naître postérieurement et sont opposables à la masse, et dont l'inscription pourra assurer la conservation et l'efficacité.

Le dessaisissement atteint en effet tous les biens du failli, même ceux qui pourraient lui échoir tant qu'il « est en état de faillite », comme le dit formellement l'art. 443 al. 1. Ces derniers mots ont été ajoutés pour faire cesser le doute qu'avait fait naître l'ancien article 442 : cet article disait simplement que le failli était dessaisi de l'administration de tous ses biens

(1) Nous pourrions encore dire la même chose du privilège conféré aux architectes, entrepreneurs et maçons par l'art. 2110 du code civil. Cet art. exige la double inscription et du procès verbal qui constate l'effet des lieux et du procès verbal de réception. On est à peu près d'accord pour reconnaître que le premier procès verbal seul donne rang au privilège et que le second se borne à le lui conserver. Par suite il serait certainement impossible de prendre, après la faillite, la première inscription requise ; mais la seconde qui n'offre qu'un caractère conservatoire, pourrait l'être, même après l'événement dont il vient d'être parlé.

sans parler spécialement des biens à venir. Il semblait cependant que ce fût là une précaution bien inutile, en présence de l'art. 2092 du Code civil qui étend le gage des créanciers à tous les biens présents et à venir de leur débiteur et de l'art. 1270, qui, fixant les effets de la cession de biens, ne libère les débiteurs que jusqu'à concurrence des biens abandonnés et les oblige à se défaire de tous ceux qui pourraient leur survenir dans la suite, jusqu'à ce que leur dette fût complètement éteinte. Cependant une difficulté s'était élevée à l'égard des biens que le failli peut acquérir par suite d'opérations commerciales ultérieures. Mais le dessaisissement n'entraîne pas l'interdiction du failli ; sa capacité civile reste entière : il peut donc contracter valablement et s'obliger personnellement envers les autres « sauf toutefois le droit permanent de contrôle et de surveillance des créanciers de la faillite qui, par l'organe des syndics, peuvent veiller à leur intérêt, intervenir même pour s'opposer à tout engagement ou à tout acte qui, de la part du failli, serait de nature à leur causer un préjudice, prendre les mesures nécessaires pour assurer le recouvrement des valeurs acquises par le failli ou en prévenir le détournement..... » (C. de Cass. 12 janvier 1864 d. 64.1-130). Cette solution est d'ailleurs, comme le fait remarquer Loaré (Esprit du C. de C. III, p. 71 et suiv.), conforme au texte et à l'esprit de la loi : conforme au texte, qui, en déclarant le failli dessaisi de l'administration de ses biens, laisse intacte la capacité de la personne ; conforme à la pensée du législateur qui n'a voulu que pourvoir à ce que les biens, gage des créanciers, ne pussent leur échapper, sans refuser au fail-

li ce moyen de profiter des occasions qui se présentent pour améliorer son sort, les créanciers étant intéressés au succès des entreprises de leur débiteur, puisque les bénéfices tombent dans la masse par l'effet du dessaisissement et n'ayant rien à redouter d'opérations malheureuses, puisque les créanciers nouveaux ne concourent avec eux ni sur les biens présents, ni sur les biens à venir.

Une fois bien établi que le dessaisissement porte non seulement sur les biens qui pourraient advenir au failli à la suite d'une donation ou d'une succession, mais aussi sur ceux qui sont le résultat de son travail et de son activité personnelle, il faut s'empresser d'ajouter, et ceci nous ramène à la restriction que nous avons faite plus haut sur la portée de l'art 448 al. 1, que tous les biens, acquis postérieurement à la faillite, ne tombent dans la masse que cum suâ causâ. Autrement dit, sous peine d'un enrichissement injuste, les créanciers de la faillite ne sont admis à bénéficier des acquisitions nouvelles que sous la réduction des charges qui les grèvent ; la masse sera donc tenue d'acquitter les legs contenus dans un testament, le passif d'une succession ; de même elle devra exécuter les conditions auxquelles une donation peut être subordonnée, payer les dettes contractées à l'occasion du nouveau commerce et, par exemple, les avances, qui ont permis de réaliser des bénéfices. Les créanciers nouveaux sont donc dans une situation très avantageuse : ils seront libérés sur les valeurs qu'ils ont fait tomber dans l'actif de la faillite, avant que la masse n'y puisse rien prétendre ; ils sont des créanciers *de* la masse, par opposition aux créanciers *dans*

la masse ; c'est une application toute simple de la règle :
« bona non dicuntur nisi deducto ære alieno ».

Par suite, si toutes ces acquisitions nouvelles ont donné naissance à des droits de préférence au profit des créanciers de la masse, les créanciers dans la masse seront obligés de les subir et ne pourront invoquer la nullité, établie par l'art. 448 al. 1, à l'égard des inscriptions prises, postérieurement au jugement déclaratif, pour en assurer l'efficacité. Voici quelques applications des idées qui précèdent :

a) La faillite est déclarée le 1^{er} juillet. Au mois d'août, 1 meurt laissant pour héritier 2, le failli. L'art. 878 du Code civil accorde aux créanciers du défunt le droit de se faire préférer, sur les biens héréditaires, aux créanciers particuliers de l'héritier, en demandant la séparation des patrimoines. Ce bénéfice donne lieu à une controverse, étrangère au droit commercial, lorsqu'il s'agit de savoir quelle en est la nature exacte, et s'il constitue un privilège proprement dit. Quelle que soit l'opinion que l'on adopte, l'art. 2111 C. civ. oblige les créanciers du défunt à prévenir les tiers, au moyen d'une inscription, des droits de préférence qu'ils ont sur les immeubles héréditaires, par rapport à d'autres créanciers. Un délai de six mois leur est accordé pour accomplir cette formalité ; et la faillite de l'héritier ne pourra empêcher la prise de l'inscription ; les créanciers dans la masse ne seraient pas admis à faire valoir une telle prétention. Les créanciers de 1 auront donc depuis le 1^{er} août jusqu'au 1^{er} février le droit de requérir l'inscription de leur bénéfice. Toutefois s'ils

laissaient écouler le délai sans le mettre à profit, leur privilège dégénérerait en simple hypothèque et serait primée par d'autres affectations hypothécaires déjà consenties par l'héritier ou accordées de plein droit, par la loi, sur son patrimoine, comme l'hypothèque légale de la masse en vertu de l'art. 490. Par suite, l'inscription prise après le 1^{er} février donnerait naissance à un droit hypothécaire que primerait l'hypothèque de la masse si elle avait été antérieurement inscrite ; en pareil cas, l'inscription prise par les créanciers du défunt ferait naître une garantie bien illusoire ; car la masse, étant donné le mauvais état des affaires de l'héritier, absorbera la majeure partie, sinon la totalité de l'actif de la succession (C. de cassation, 29 décembre 1858, D. 59. 1. 102 et 103).

b) Un partage est opéré, après le jugement déclaratif ; dans le lot du failli, sont mis des immeubles, à charge, par lui, de payer une soulte à ses copartageants ; ou bien le failli, à la suite d'une licitation, devient propriétaire d'un des immeubles qui se trouvaient dans l'indivision. Dans les deux cas, les autres copartageants ont, sur les immeubles pris dans le lot du failli débiteur, un privilège qui leur assure le paiement de la soulte ou du prix de licitation (2109). Ce privilège doit être inscrit dans les soixante jours à compter de l'acte qui lui donne naissance, partage ou licitation ; et, cette condition remplie, il prime toutes les hypothèques antérieurement inscrites du chef du failli et notamment l'hypothèque de l'art. 490. La faillite, ici encore, n'aura donc pas empêché l'inscription, sur les biens d'un failli, d'un droit de préférence. Toutefois les

créanciers de la masse n'auraient rien à craindre du privilège du copartageant, si celui-ci avait négligé de le faire inscrire dans le délai qui lui est assigné et si les syndics s'étaient conformés aux articles 490 et 517 C. de com., en rendant publique l'hypothèque légale établie en faveur de la masse.

c) Il en serait de même, si le failli, devenu héritier, avait été grevé de legs ; l'art. 1017, C. civ., crée au profit des légataires une hypothèque légale sur les immeubles du failli, qu'ils pourront inscrire, malgré la survenance de la faillite.

d) Enfin le failli peut avoir acheté un immeuble, dont il n'a pas payé le prix ; les créanciers de la faillite sont à même de demander la nullité de cette vente ; mais il se peut que l'opération leur soit avantageuse et qu'ils veuillent s'en attribuer le bénéfice, ils seront alors obligés de subir l'exercice du privilège que l'art. 2108 confère au vendeur d'immeubles non payés ; l'inscription en serait donc valable.

22. — Nous savons maintenant que l'art. 448 al. 1 ne concerne que les inscriptions donnant naissance à des droits de préférence constitués avant la faillite et qu'il n'atteint pas soit les formalités de publicité prises à titre conservatoire, soit celles qui sont la conséquence d'un acte postérieur au jugement déclaratif. Il faut encore ajouter, et c'est là une troisième exception à notre article, que, seuls, les créanciers du failli ne peuvent se créer une situation de faveur sur le gage commun. Il peut donc se faire que des personnes puissent,

même après la faillite, s'inscrire valablement sur des immeubles appartenant au failli, s'il s'agit par exemple de privilèges ou d'hypothèques qui n'ont pas été constitués par le failli. L'art. 448 al. 1 parle en effet de sûretés valablement acquises, ajoutons : « du chef du failli ».

Ainsi 1 a une hypothèque sur un immeuble appartenant à 2 son débiteur ; celui-ci le vend à 3, qui est bientôt après déclaré en faillite ; est-ce que 1 va être empêché d'inscrire l'hypothèque qu'il tenait de 2 et qui n'était pas encore inscrite le jour où 3 est devenu acquéreur ? Non ; 1 n'est pas un créancier de 2 ; son but n'est pas de rompre l'égalité qui doit exister entre les créanciers de la faillite ; il est créancier du vendeur et il cherche seulement à exercer son droit de suite et à se mettre à l'abri des aliénations consenties par son débiteur ; pour cela, il lui faut atteindre les tiers acquéreurs, et, dans l'hypothèse, le tiers acquéreur est précisément le failli ou plutôt la masse qui le représente. Toutefois il y aura un moment où 1 ne pourra plus utilement s'inscrire sur l'immeuble acquis par le failli : c'est lorsqu'il aura été fait transcription de l'aliénation ; mais ce résultat ne sera pas l'application des règles concernant la faillite ; ce sera l'œuvre de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, qui ne permet le cours des inscriptions que jusqu'au jour de la transcription (1).

(1) Nous venons de supposer que l'hypothèque de 1 était antérieure à la vente de l'immeuble ; il nous faudrait donner la même solution au cas où 2 aurait d'abord vendu l'immeuble à 3, puis aurait consenti une hypothèque à 1 avant que la transcription de l'aliénation n'ait été faite (ce qui lui est permis par la loi de 1855, qui n'opère la translation immédiate de propriété qu'entre le vendeur et l'acheteur, laissant au

Supposons au contraire que 1 ait consenti sur son immeuble une hypothèque à son créancier 2; 2 n'a pas fait inscrire son hypothèque, lorsque 1 vend l'immeuble; puis 1 tombe en faillite. En supposant que l'acquéreur n'ait pas encore fait transcrire l'aliénation, 2 pourra-t-il encore inscrire son hypothèque et atteindre ainsi l'immeuble, grâce au droit de suite? Il nous semble qu'il faut distinguer deux hypothèses :

a) La faillite est intervenue le 1^{er} août; le 4, les syndics ont fait inscrire l'hypothèque de l'art 490 (ce qui leur est permis, puisque, par hypothèse, la transcription n'a pas été opérée); le 5 août, 2 pourra-t-il publier son hypothèque et les créanciers de la masse auront-ils qualité et intérêt pour l'en empêcher? Non, l'inscription qu'il prendrait serait inefficace; car la masse en inscrivant son hypothèque, a acquis un droit réel sur un immeuble qui appartient toujours au failli, au moins quant à elle et elle a intérêt à ce que son hypothèque ne soit pas entravée par des inscriptions prises par d'autres créanciers. D'ailleurs l'art. 448-1 interdit la rupture de l'égalité au profit de l'un des créanciers et c'est ce à quoi aboutirait l'inscription de l'hypothèque de 2, si on la lui laissait prendre (Contra. Pont. des Priv. et Hyp. II, n° 908.

b) Que si, au contraire, 2 a fait inscrire son hypothèque

vendeur le pouvoir de conférer des droits réels tant que l'acheteur n'a pas fait transcrire son titre); 1 pourrait donc valablement s'inscrire, même après le jugement déclaratif, tant que la transcription n'aura pas été opérée; il ne cherche pas en effet à se faire une condition meilleure que celle des autres créanciers du failli, puisque lui-même n'est pas créancier de ce failli (Demangeat V. p. 295 en note).

avant la transcription, celle-ci ayant eu lieu sans que la masse se soit inscrite, les syndics ne pourront plus à notre avis, demander la nullité de l'inscription prise par 2 : ils n'y ont pas qualité, puisque, par l'effet de la transcription, l'immeuble est définitivement sorti du patrimoine du failli ; et d'autre part, 1 ne s'est pas créé une situation de faveur au détriment de ses cocréanciers, puisque, sur ce bien, la masse n'a plus aucun droit (Contra Lyon, Caen et Renault page 690 note 2. Voir, au contraire, dans notre sens Pont. des Privil. et Hyp. II. n° 908.)

23. — Nous avons donc trois séries d'exceptions à la règle qu'annonce l'art. 448. al. 1, toutes dérivant de cette idée qu'on ne saurait y voir l'intention de détruire l'égalité qu'a voulue le législateur.

a) La première comprend les hypothèses dans lesquelles l'inscription conserve ou donne à la créance un rang qu'elle avait déjà.

b) La seconde comprend celles où les privilèges et hypothèques ont été constitués postérieurement au jugement déclaratif et sont opposables à la masse par application de la maxime : *bona non sunt, nisi deducto ære alieno*.

c) Dans la troisième rentrent les cas où les droits de préférence n'ont pas été créés par le failli et ceux où, quoique

constitués par lui, la masse n'a pas qualité pour en demander la nullité.

24. — Quant à cette nullité, nous en connaissons déjà le caractère : c'est une nullité de plein droit, qui atteint, dès le jour du jugement déclaratif, toutes les inscriptions qui donnent rang à une créance privilégiée ou hypothécaire, sans distinguer si le créancier a été de bonne foi et s'est laissé surprendre par la faillite ou s'il a voulu s'avantager au détriment des autres créanciers de la masse. Le rôle du juge se réduit donc à l'examen d'une question de date et il doit prononcer la nullité, lorsque l'acte incriminé est postérieur à la déclaration de la faillite ou a eu lieu le même jour.

D'ailleurs les inscriptions hypothécaires prises tardivement ne sont nulles, que relativement à la masse et dans son intérêt. Le failli ne pourrait donc pas se prévaloir de la nullité des inscriptions prises pour rendre efficaces des sûretés consenties par lui librement et en pleine connaissance de cause, et par suite ne serait pas admis à en demander la mainlevée et la radiation (Orléans, 16 juin 1852, Sir. 53. 2. 661).

Ne faudrait-il pas cependant faire des réserves pour le cas où le failli aurait obtenu le concordat et dire que, sous peine de rendre très difficile l'exécution des clauses et stipulations auxquelles a donné lieu le traité, il faut reconnaître au commerçant remis à la tête de ses affaires le droit d'invoquer à son profit les nullités prononcées pendant la période préparatoire? Certains auteurs ont partagé cette manière de voir, ajoutant à l'argument déjà présenté cette considération que

le failli ne faisait en somme que succéder à tous les droits des créanciers, et que ceux-ci ayant pu s'en prévaloir tant que durait la masse, il était juste que leur ayant cause eût la même faculté (Laurin, n° 1141. Alauzet, n° 2703. Poitiers, 2 mai 1854, Sir. 58. 1, 705 note).

Ce n'est cependant pas l'opinion qui a prévalu en jurisprudence (C. de Cass. 15 juillet 1857, Sir. 58. 1. 705) ; car le débiteur failli, relevé de sa faillite n'a aucun titre pour réclamer une nullité toute spéciale à la masse ; et s'il est vrai que, durant la période préparatoire, le failli ait été représenté par les syndics, encore ne faut-il pas que les jugements rendus l'aient été seulement en faveur de la masse ou contre elle ; une fois la procédure collective terminée, chaque créancier peut bien, à titre individuel, user des droits qu'avait la masse ; mais le failli demeurera lié par les engagements qu'il a contractés en toute liberté.

SECTION II.— *L'art. 448 al. 1 s'applique-t-il à tous les privilèges sans distinction ?*

Après avoir signalé les diverses hypothèses qui échappent aux rigueurs de la loi et permettent l'inscription de droits de préférence ne laissant soupçonner aucune intention frauduleuse, nous faudra-t-il désormais accepter, dans toute sa généralité, l'art. 448 al. 1, qui semble comprendre tous les privilèges valablement acquis ?

25.—Une première restriction, et celle là se comprend d'elle-même, résulte de ce fait que certains privilèges sont dispensés par la loi de toute mesure de publicité et existent sans qu'une inscription soit nécessaire ; nous voulons parler des privilèges généraux sur les meubles établis par l'art. 2101, C. Civ. subsidiairement ils portent aussi sur les immeubles (2104, C. Civ) ; et l'art. 2107 ne les assujettit à aucune formalité pour leur conservation. En tant que ces privilèges pourraient s'exercer sur des meubles, l'art. 2107 nous apparaît comme une application du droit commun qui ne les soumet pas à la moindre publicité ; mais en ce qui concerne les immeubles atteints par eux, c'est une dérogation aux règles générales, qui ne s'explique que par la faveur spéciale dont la loi entoure ces privilèges, la modicité des créances généralement garanties et les frais qu'il eût fallu faire, au risque de dépasser le montant des sommes dues. Il est vrai qu'on pourrait nous objecter l'art. 2166 du Code civil qui, lorsqu'il s'agit du droit de suite, soumet à l'inscription tous les privilèges immobiliers même ceux de l'art. 2104. Faisons tout de suite remarquer qu'entre un créancier du failli et la masse de la faillite, la question que suppose le droit de suite ne se présente pas et qu'il s'agit simplement d'une question de préférence : or l'art. 2107 considère l'inscription comme inutile, toute les fois que le droit de préférence est seul en jeu (arg. « entre les créanciers »).

26.— Mais à supposer que les privilèges, existant sur les immeubles du failli, soient bien soumis à l'inscription et que

cette inscription soit à prendre pour la première fois, tous les privilèges tombent-ils forcément sous le coup de l'art. 448, al. 1 ?

Rappelons d'abord une difficulté, depuis longtemps éteinte, qui, avant la loi de 1838, s'était élevée sur la portée des art. 443. C. de Com. et 2146, C. Civ. Certains auteurs (et notamment Merlin, questions de droit : Inscript. hypoth. § 3) avaient prétendu qu'il ne fallait pas s'attacher à la généralité de ces deux textes, qui semblaient englober, dans une même prohibition, privilèges et hypothèques; ce qui était équitable, disait-on, à l'égard de l'hypothèque qui n'acquiesce son rang qu'à la condition d'être inscrite, ne l'était plus vis-à-vis d'un privilège, dont l'inscription ne fait que conserver le rang tel que la loi l'a fixé. « Que la faillite fasse obstacle à l'acquisition d'un droit, on est disposé à l'admettre, mais qu'elle empêche la simple conservation d'un droit acquis, ce serait un excès de rigueur que la loi n'a pu vouloir consacrer. » (Pont. Priv. et Hyp. II. n° 896).

Mais c'était faire bon marché de deux textes formels et s'il est exact de dire que le rang d'un privilège dépend de la nature de la créance garantie et non du jour où il est inscrit, on oubliait que l'inscription, pour le privilège comme pour l'hypothèque, est la condition nécessaire et sine qua non, sans laquelle aucun droit de préférence ne peut être opposé aux tiers. La situation était donc la même pour les deux sortes de sûreté et il n'y avait pas lieu de faire une distinction que combattaient les textes. Aussi cette théorie n'avait pas été admise en jurisprudence et fut-elle d'ailleurs vite abandonnée,

même par ceux qui s'en étaient d'abord fait les défenseurs (notamment Aubry et Rau 1^{re} édit. § 272 note 19 et 2^{me} édit. p. 162 note 14).

27. — Revenons donc à la question que nous nous sommes posée et qui revient à ceci : existe-t-il des hypothèses où il soit possible de contester ou même d'écarter la règle posée par l'art. 448, al. 1, malgré sa généralité apparente ?

Deux situations se présentent :

a) Il se peut que la loi accorde un certain délai pour l'inscription de quelques privilèges : en admettant que la faillite survienne avant l'expiration de ce délai et sans que l'inscription ait encore été prise, cette dernière formalité sera-t-elle désormais impossible et faudra-t-il appliquer l'art. 448 ?

b) De même un créancier privilégié a reçu de la loi deux moyens de rendre son privilège public : il peut le faire inscrire ou bien la publicité est considérée comme suffisante, s'il fait transcrire l'acte constitutif de sa créance. Il s'agit, par conséquent, du vendeur d'immeubles non payé (2108 C. Civ.). Ce créancier, ce vendeur a laissé arriver la faillite sans inscrire son privilège ; désormais l'inscription en sera impossible, en vertu de l'art. 448 al. 1 ; mais pourra-t-il au moins recourir à la transcription et obtenir de cette formalité le résultat qu'il ne lui est plus possible d'atteindre au moyen de l'inscription ?

Examinons séparément ces deux questions :

1. — *La survenance de la faillite fait-elle perdre au créancier le bénéfice du délai qui lui a été accordé par la loi à l'effet d'inscrire son privilège ?*

28. — La difficulté se présente en plusieurs cas :

a) Il s'agit d'un commerçant dont la faillite a été déclarée peu de temps après l'arrivée d'une succession. Nous savons déjà que les créanciers et légataires du défunt ont pour demander la séparation des patrimoines, un délai de 6 mois à dater du décès. Si nous supposons que le défunt est mort le 1^{er} juillet, que la faillite a sa date au 1^{er} août, les intéressés verront-ils le droit qu'ils avaient de s'inscrire définitivement éteint dès le 1^{er} août ou le conserveront-ils jusqu'au 1^{er} janvier, c'est-à-dire pendant tout le délai de 6 mois ?

b) Même question au cas d'un partage (1), où le commerçant jouerait le rôle de copartageant. L'art. 2109 accorde au copartageant créancier du commerçant un délai de 60 jours à dater du partage ou de la licitation pour inscrire son privilège : toute hypothèque, consentie par le commerçant et même inscrite, sera primée par le privilège, si l'inscription de ce dernier a été prise en temps utile. Mais si cette forma-

(.) Faisons remarquer que les privilèges du copartageant et du vendeur d'immeubles sont à proprement parler de véritables hypothèques légales ; car dans les deux cas les deux garanties résultent de la faveur faite à une créance — C'est d'ailleurs l'expression unique que nous rencontrons dans le Code Italien (art. 1958 et 1969 du Code civil.)

lité n'avait été accomplie qu'après les 60 jours, le créancier copartageant n'aurait plus qu'une hypothèque légale, dont le rang serait fixé selon les règles du droit commun, c'est-à-dire par la date du jour où elle aurait été inscrite, et à laquelle serait préférée une sûreté déjà publiée. S'agit-il au contraire de protéger le copartageant contre une aliénation que pourrait faire le commerçant ? Le délai est alors réduit à 45 jours à compter du partage ; et pendant cette période le copartageant est à l'abri de toute transcription (art. 6, al. 2, loi de 1855). Qu'arrivera-t-il si nous supposons que notre commerçant a été déclaré en faillite pendant les 60 ou le 45 jours ? Ici encore le créancier sera-t-il déchu de son droit, ou bien la faillite sera-t-elle sans effet à cet égard ?

c) Enfin 1 a vendu un immeuble à 2 commerçant ; si 2 ne paie pas le prix convenu, la loi confère au vendeur un privilège ; or ce privilège aura toujours son effet vis-à-vis des créanciers hypothécaires de 2, quelle que soit la date de son inscription. Mais le vendeur ne sera protégé contre la transcription de la revente de l'immeuble que si son privilège a été inscrit dans les 45 jours du contrat (même art. 6 al. 2). Si nous supposons 2 déclaré en faillite, le vendeur sera-t-il définitivement dépouillé d'un droit de préférence, dont l'inscription, pour être efficace, pouvait être prise à un moment quelconque (1) ?

(1) Faisons remarquer que, dans toutes ces hypothèses, il ne s'agit que de privilèges valablement constitués *avant* le jugement déclaratif. Il n'est plus question de privilèges nés *postérieurement* à la faillite ; pour

d) Il en est encore de même des privilèges créés au profit du trésor public par les deux lois du 5 septembre 1807 et dont l'inscription doit être prise dans un délai de deux mois.

Dans toutes les hypothèses, les délais accordés appartiennent-ils entièrement aux créanciers en faveur desquels ils sont établis ? Deux opinions ont été soutenues :

Premier système, — La faillite n'empêche pas le créancier de pouvoir tirer parti de la totalité du délai créé par la loi. Le législateur, en effet, a pris en considération un état de choses dans lequel il a reconnu l'impossibilité pour le créancier de requérir immédiatement l'inscription nécessaire à la conservation du privilège, et venant en aide à ce créancier, empêché d'agir, il a fixé un délai dans lequel l'inscription devrait être effectuée. Or la faillite ne saurait rien changer à cela, ni abréger un délai que le législateur a calculé dans sa sagesse. D'ailleurs, la brièveté du délai d'une part, la nature ou la cause du privilège d'autre part, sont, par elles-mêmes, exclusives de l'idée de fraude qu'a inspiré l'art. 448 C. de l. Ne s'agit-il pas, par exemple, du partage qui est un acte nécessaire et inévitable, ou de créanciers n'ayant pas traité avec le faible, mais avec son auteur. C'est ainsi qu'à l'égard du trésor public, la Cour de Metz (28 févr. 1856 Sir. 56. 2.

ceux là (n° 21), nous avons décidé sans hésitation que l'inscription en était toujours possible, par application de la règle que les biens nouveaux acquis par le failli, ne tombent dans la masse que cum suo onere.

321 et suiv.) a décidé qu'il était juste de l'admettre, pour la conservation de son privilège à raison des frais de justice en matière criminelle, à prendre inscription dans les deux mois de l'arrêt de condamnation, alors même que le condamné est en état de faillite. Enfin toutes ces inscriptions produisent une sorte d'effet rétroactif, en ce sens que, prises dans le délai, elles sont censées l'avoir été le jour même où le droit de créance est né ; or le droit de créance a sa date antérieure, par hypothèse, au jugement déclaratif : donc l'inscription elle-même est réputée avoir été faite avant ce jugement déclaratif, et nous savons, par argument a contrario de 448 al. 1, que les formalités de publicité peuvent valablement être accomplies jusqu'à la faillite, sauf l'exception résultant de 448 al. 2. — C'est l'opinion de MM. Aubry et Rau (4^e édit. t. 3 p. 364 note 27) et de Pont (n^o 899).

Deuxième système. — Quelle que soit l'autorité des défenseurs de l'opinion précédente, ce n'est cependant pas celle qui est généralement admise par la majorité des auteurs. Il est difficile d'admettre, en effet, que le législateur de 1804 n'ait pas songé aux délais qu'il avait accordés dans les art. 2109 et 2111, lorsqu'il a écrit la règle contenue dans l'art. 2146 ; cette décision absolue est confirmée dans l'art. 448 C. de Com. et, en présence de ces deux textes formels, il est impossible de croire à un oubli ou à une négligence de la part des auteurs de la loi. D'ailleurs le motif d'où résulte la prohibition des inscriptions postérieures au jugement déclaratif se présente ici avec la même force que pour les inscrip-

tions qui auraient pu être prises, aussitôt la naissance de la créance. Qu'a-t-on voulu en effet ? On a pensé qu'il était équitable d'empêcher certains créanciers de se créer des droits de préférence opposables aux autres créanciers du failli et de se faire une situation meilleure ; il était nécessaire de fixer la condition de chacun à ce qu'elle était au jour de la déclaration de faillite, de peur que les premiers informés du jugement ou les plus rapprochés de la situation des immeubles ne pussent s'inscrire et, par suite, avoir un droit de priorité au détriment des autres créanciers moins vite avertis ou plus éloignés. Or, est-ce que, même dans les hypothèses que nous avons envisagées spécialement, on n'arriverait pas au résultat que le législateur a voulu interdire ? S'il est vrai que, dans la plupart des cas, ces divers privilèges ne laissent guère de place à la fraude, encore tendent-ils, du moins, à rompre l'égalité au profit de certains créanciers, une fois que la faillite est déclarée ; et c'est précisément ce qu'on a cherché à empêcher. Qu'importe, en outre, que l'inscription prise dans les délais fasse prendre rang au privilège à dater du jour où la créance qu'il garantit est née, et que cette naissance soit antérieure à la faillite ? Est-ce que l'inscription, ici comme dans tous les cas, n'a pas eu pour effet de rendre opposable aux tiers et de vivifier une sûreté qui, sans elle, eût été absolument illusoire ? Or à quel moment a été accomplie la publicité ? Après le jugement déclaratif, avons-nous dit, mais est-ce qu'il serait possible de constituer un privilège ou une hypothèque après le jugement ? Non (446 C. de C.) : il doit donc en être ainsi d'une formalité qui n'en serait que la confirmation,

d'après la règle que la confirmation d'un acte ne saurait avoir lieu à une époque où la constitution de cet acte est impossible. Sans doute, en adoptant notre système, on arrivera quelquefois, souvent même, à annuler des actes auxquels la bonne foi la plus complète aura présidé ; mais nous avons déjà signalé cette rigueur de la loi à propos des privilèges ou hypothèques, dont la publicité peut être immédiate et ne doit pas être accomplie dans un certain délai ; c'est au législateur qu'il faut s'en prendre de résultats aussi fâcheux ; et nous ne pouvons que nous en tenir aux solutions qu'il nous a données en termes catégoriques et absolus, sans que la moindre réserve pût faire naître des doutes sur la portée à leur donner.

En conséquence la faillite retire aux créanciers le bénéfice du délai qui reste à courir pour inscrire leurs privilèges ; et par exemple, si le jugement a été rendu le 1^{er} août, alors qu'un partage avait été opéré le 1^{er} juillet, les créanciers ne pourront plus, du 1^{er} août au 31 août, inscrire le privilège que le partage aurait pu faire naître à leur profit sur les immeubles du failli copartageant, de même en cas de séparation des patrimoines (1), ou de privilège du trésor, ou enfin de privilège du vendeur.

(1) Toutefois, même pour ceux qui, comme nous, n'apportent aux art. 445 et 2146 aucune restriction, un doute naît à l'égard de la séparation des patrimoines, résultant de la solution à donner à cette question. Le bénéfice de la séparation des patrimoines est-il un véritable privilège ? C'est là une controverse de droit civil dans laquelle nous n'entrerons pas. Mais si l'on décide, et c'est là notre avis, que la séparation des patrimoines constitue un privilège, nous appliquerons sans difficulté l'art. 443. Pour les partisans de l'opinion contraire, l'art. 443 n'a

29. — Toutefois nous ne pouvons passer à une autre question, sans réfuter un raisonnement que l'on fait à l'égard du vendeur et du copartageant, à l'appui de l'opinion que nous avons combattue. Ces deux créanciers sont, nous l'avons vu, dans une situation toute spéciale : Le vendeur d'immeubles peut conserver le droit de préférence qui lui donne son privilège, en se faisant inscrire à une époque quelconque, tant que l'immeuble n'est pas sorti d'une manière définitive des mains de son acquéreur ; le copartageant au contraire n'a qu'un délai de soixante jours pour s'inscrire et primer même les hypothèques déjà inscrites du chef de son débiteur. Mais si leur situation diffère quant au délai qui leur est accordé

rien à voir avec le bénéfice dont il s'agit, puisque cet art. ne vise que les droits de préférence véritable, — l'inscription en pourrait donc être prise valablement même après la faillite (Metz 27 mai 1868. Sir. 6 . 2. 281.)

Monsieur Demangeat (V. p. 294 note) va même plus loin et décide que cette inscription est, vis-à-vis de la mode, absolument inutile ; car dit-il, l'art. 2111 C. civ. ne rend l'inscription nécessaire que dans les rapports des créanciers du défunt avec les créanciers hypothécaires de l'héritier, et à l'égard des créanciers chirographaires, le droit, résultant de la séparation des patrimoines, se conserve indépendamment de toute inscription ; or la masse de la faillite ne se compose que de créanciers chirographaires, donc, par cela seul que l'héritier tombe en faillite, les créanciers du défunt ont à l'égard de la masse, et sans aucune mesure de publicité le bénéfice établi par l'art. 878, C. civ. (Montpellier, 2 avril 1868. Sir 68. 2. 283).

Toutefois la remarque de M. Demangeat, vraie lorsqu'il s'agit des créanciers chirographaires d'une personne non commerçante, n'aura presque jamais, en cas de faillite, l'occasion de s'appliquer ; en effet les syndics s'empresseront d'inscrire l'hypothèque que l'art. 490 C. de l. a établie au profit de la masse, et les créanciers du défunt seront en fait forcés de publier leur privilège dans les six mois du décès, sous peine de se voir privés par la masse ; car après les six mois, l'inscription qu'ils pourraient prendre ne conserverait qu'une hypothèque qui serait primée par celle déjà prise en vertu de l'art. 490.

pour conserver leur droit de préférence, elle devient identique lorsqu'on envisage l'étendue de leurs droits au point de vue du droit de suite. L'art. 6 al. 2 de la loi de 1855 leur reconnaît le pouvoir de méconnaître la transcription de la revente de l'immeuble sur lequel porte leur garantie, si l'inscription de leur privilège a été faite dans les quarante-cinq jours du contrat qui lui a donné naissance, vente ou partage. Le législateur n'a pas voulu qu'un vendeur non payé fût surpris et désarmé par l'aliénation rapide que pourrait consentir son acheteur (En règle générale en effet, le cours des inscriptions est arrêté par la transcription de l'aliénation de l'immeuble affecté à la sûreté d'un créancier, art. 6 al. 1 de la loi de 1855, et l'al. 2 est précisément une exception à cette règle).

Ces principes une fois rappelés, on s'est dit : Pendant quarante cinq jours, le vendeur et le copartageant sont dans une situation très privilégiée ; car leur droit est à l'abri d'un transfert de propriété valablement opéré par leur débiteur, — dès lors comment admettre que la survenance de la faillite de ce débiteur, dans le même délai, soit plus efficace qu'une aliénation en règle ? Si l'art. 6, al. 2 de la loi de 55 permet d'inscrire les privilèges dont il s'agit, malgré toute transcription, ne peut-on pas dire, par a fortiori, que la déclaration de faillite ne produira pas un effet plus considérable, et ne faut-il pas au moins reconnaître à nos créanciers le droit de s'inscrire, tant qu'il ne s'est pas écoulé plus de quarante-cinq jours à dater du contrat, alors même que la faillite de leur débiteur aurait été déclarée ? (Aubry et Rau III p. 358 note)

Nous ne croyons pas qu'il faille se laisser séduire par ce prétendu argument a fortiori. D'abord les textes sont formels et absolus. On soutient que le droit que la faillite fait naître au profit de la masse ne saurait avoir une portée plus considérable que le droit de propriété lui-même, et que le transfert de celle-ci étant impuissant à dégager l'acquéreur vis-à-vis de son vendeur, il devait forcément en être de même pour la faillite de cet acheteur. Mais c'est là une affirmation toute gratuite et que rien ne vient confirmer; car il n'est pas possible de tirer le moindre argument de la loi de 1855.

Celle-ci, dans son art. 6 al. 2, a bien songé au danger qu'aurait couru le vendeur en présence d'une revente immédiate, suivie de transcription, et elle n'a pas voulu qu'une fraude aussi facile à accomplir pût impunément le priver de l'objet de sa garantie. Mais l'événement de la faillite ne l'a pas préoccupée, et la solution qu'elle a donnée à l'égard d'un transfert de propriété ne préjuge en rien et laisse intacte celle des art. 448 et 2146 au cas d'un jugement déclaratif. Nous maintiendrons donc à nos deux articles l'effet absolu que nous leur avons reconnu, et nous regarderons comme certain que, dans toutes les hypothèses, la faillite empêche pour l'avenir la prise des inscriptions de privilèges, encore qu'un délai ait été accordé par la loi et que la formalité de publicité n'ait pu être exécutée immédiatement après la naissance de la créance, encore même que le jugement déclaratif soit intervenu avant l'expiration du délai pendant lequel un débiteur ne saurait frustrer un créancier de sa garantie en en faisant définitive-

ment sortir l'objet de son patrimoine, grâce à une aliénation accompagnée aussitôt de transcription.

II. — *Le privilège du vendeur ne peut plus être inscrit après le jugement déclaratif; la transcription de son titre pourrait-elle suppléer à l'impossibilité de prendre inscription ?*

30. — Nous venons de voir que le privilège du vendeur tombait sous le coup de l'art. 448 al. 1 et qu'il ne pouvait plus être utilement inscrit relativement à la masse une fois que la faillite avait été déclarée.

Une difficulté s'est pourtant élevée au sujet de ce privilège, résultant de ce que l'art. 2108 C. civ. a fait résulter sa publicité d'une des deux formalités suivantes : inscription ou transcription (le législateur a pensé que les tiers seraient suffisamment avertis par la mention, sur le registre des transcriptions, de la créance du vendeur non payé, car ces registres sont à la disposition du public, en ce sens que chaque intéressé peut aisément en obtenir communication). — Or l'art. 448 al. 1 ne vise spécialement que les *inscriptions* de privilèges ou d'hypothèques ; il ne fait pas allusion à la *transcription* de l'acte d'aliénation. Que faut-il conclure de ce silence ?

31. — Certains auteurs en ont conclu que, bien que l'inscription fût prohibée après la déclaration de faillite, il était possible d'obtenir le résultat qu'elle eût procuré, en employant la transcription, puisque celle-ci n'avait pas été frappée de

déchéance par la loi ; les déchéances légales sont essentiellement de droit étroit, et il est clair, dit-on, qu'alors même que le vendeur ne peut plus s'inscrire, il peut encore utilement transcrire (Pont, Privil. et hyp. n° 903).

Ce raisonnement n'est pas bien solide et a été réfuté victorieusement depuis longtemps. On ne comprendrait pas, en effet, qu'ayant interdit la publicité du privilège du vendeur par voie d'inscription, la loi en eût toléré la transcription faite dans le même but ; c'eût été donner d'une main ce qu'elle refusait de l'autre. A quoi, d'ailleurs, aboutirait cette transcription, si on en reconnaissait l'efficacité ? A rendre meilleure la situation d'un des créanciers par rapport à celle des autres. Or n'est-ce pas là le résultat qu'on a voulu empêcher et le seul motif qui ait fait écrire l'art. 448 ? Dès lors qu'importe que la transcription n'ait pas été l'objet d'une mention spéciale du législateur ? Elle doit donc forcément subir le même sort que l'inscription, puisque les effets qu'elle produits ont les mêmes ?

Nous avons encore, en faveur de notre opinion, un argument de texte à invoquer : « la transcription vaut inscription » dit formellement l'art 2108 — Si donc il est vrai qu'elle la supplée, il est clair que, pour valoir comme inscription il faut qu'elle soit effectuée dans un temps où l'inscription pourrait être utilement prise c'est-à-dire avant le jugement déclaratif de faillite (1).

(1) Voici, en faveur de l'opinion que nous défendons, quelques considérants d'un jugement du Tribunal de Bar-le-Duc, confirmé par la Cour de Nancy. (Sir. 59. 2. 594).

« Le mot inscription n'a été employé que d'une façon générique. On

32. — Aussi bien nos adversaires ne se sont-ils pas considérés comme battus, et ont-ils cherché à faire valoir un argument d'un autre genre. — Le vendeur, disent-ils, demeure, vis-à-vis des tiers, propriétaire de l'immeuble aliéné jusqu'à ce que la transcription soit opérée ; il peut donc valablement, et cela même après que la faillite a été déclarée, consentir une hypothèque sur l'immeuble déjà venu ou même le vendre une seconde fois, — il obtiendra donc *indirectement*, au moyen de ces opérations ultérieures, tous les effets de son privilège, puisqu'il y retrouvera presque toujours la totalité du prix qui lui est dû ; et les actes ainsi faits seront opposables à la masse si les tiers qui ont traité avec le vendeur ont pris soin de remplir les formalités de publicité exigées par la loi avant que la transcription de la première vente ne soit faite.

Dès lors pourquoi le vendeur ne pourrait-il pas s'assurer *directement* les avantages que lui donne son privilège en le faisant transcrire ?

Il est certes vrai de prétendre que la faillite de l'acheteur n'empêche pas le vendeur de pouvoir valablement disposer

« ne comprendrait pas que la substitution d'un mode de publicité à un
« autre suffit pour soustraire le vendeur à une déchéance qui s'applique
« à l'absence de publicité ; entre deux privilèges non connus à l'ouver-
« ture de la faillite, ce serait le plus fréquent, et le plus important qui
« échapperait à une règle dont le défaut de publicité est la seule cause. .
« que si, exceptionnellement, ce privilège du vendeur se conserve par la
« transcription, ce n'est pas que le législateur ait voulu établir pour
« lui une forme spéciale et des avantages particuliers, mais bien parce
« que, la transcription étant prescrite en cas de vente dans un tout
« autre but, on n'a pas voulu astreindre le vendeur à une autre formalité
« et on a donné à cette transcription, pour la conservation du privilège,
« le même effet qu'à l'inscription ; autrement il ne serait plus vrai de
« dire que la transcription vaut inscription pour le vendeur, puisqu'elle
« produirait un effet que l'autre n'aurait pas. »

de l'immeuble vendu au failli, si celui-ci n'a pas fait transcrire l'acte d'aliénation (c'est une conséquence de la situation faite au vendeur par la loi de 1855 et de ce que la transmission de propriété ne s'est opérée, dès l'instant du contrat, qu'entre les contractants eux-mêmes). — Mais bien que cette faculté lui soit reconnue, cela n'atténue en rien la défense qui est faite d'annoncer, après la faillite, l'existence d'un privilège à son profit, et de rompre ainsi l'égalité qui doit régner entre tous les créanciers du failli. La prohibition demeure entière et, entre les divers ayant droit, les choses doivent se passer comme si le règlement de leurs intérêts aux prises pouvait avoir lieu à l'instant même ou la faillite de leur débiteur est déclarée : nul d'entre eux ne doit profiter des lenteurs qu'entraîne la procédure de cette législation, nul ne doit en souffrir ; et, par suite, tout droit de préférence postérieur à la faillite ne saurait leur être opposable, quelqu'en soit le mode de publicité, et alors même que le créancier privilégié pourrait aisément s'en procurer les avantages par des moyens indirects.

33. — Enfin un troisième argument a été mis en avant par les partisans du maintien du privilège du vendeur. — Mais ce lui-ci a le tort de se méprendre sur la nature des modifications apportées au transfert de la propriété en matière de vente, par l'article 3 de la loi de 1855.

Cet article, dit-on, a complètement bouleversé la règle établie par l'art. 1583 du C. civ., et de laquelle il résultait que la mutation avait lieu de plein droit et erga omnes, dès

l'instant où les parties étaient tombées d'accord sur la chose et sur le prix. Maintenant, il n'en est plus ainsi et le vendeur n'est dépouillé de son droit de propriété, à l'égard des tiers, qu'autant que la transcription a été opérée : le contrat n'a eu d'effet qu'entre les parties ; mais, à l'égard de tous autres, une formalité est nécessaire, et, jusqu'à son accomplissement, le vendeur demeure propriétaire. S'il en est ainsi, le vendeur, tant que la transcription n'a pas été opérée, ne saurait songer à inscrire un privilège ; car, d'une part, il ne peut avoir un privilège sur une chose dont il a déjà la propriété ; et, d'autre part, tout privilège suppose une créance : or le vendeur n'est précisément pas créancier, mais bien propriétaire. Et c'est même là, pour lui, une situation plus avantageuse que celle de créancier, même privilégié, puisqu'elle lui permet de reprendre la chose elle-même et de profiter de la plus-value qui a pu se produire. — Mais si la transcription est requise (peu importe qu'elle le soit par les syndics, au nom du failli et pour consolider les droits erga omnes, ou par le vendeur, pour conserver son privilège), deux effets distincts vont se produire :

a) Le vendeur perd son droit de propriété pour n'être plus que créancier.

b) Mais, en même temps que sa créance, naît un privilège à son profit : bien plus, en créant ce privilège, la transcription le conserve par la publicité qu'à l'instant même elle lui imprime.

Or il n'est pas admissible que la masse puisse, d'une part, se prévaloir de la propriété que vient d'acquérir le failli, et, d'autre part, repousser le privilège qui est la condition même de ce transfert de propriété. Les deux effets sont indivisibles, et l'un ne saurait se produire sans l'autre. Car le débiteur, ici le failli, n'a pu transmettre à ses ayant cause, c'est-à-dire à la masse, que les droits dont il était lui-même investi ; or la propriété ne réside sur la tête du failli que déduction faite du démembrement qu'en a détaché le vendeur pour sa propre sécurité. On peut dire encore que l'immeuble aliéné constitue pour la masse un bien nouveau ; il faudra donc appliquer la règle d'après laquelle les biens nouveaux ne profitent aux créanciers que cum suo onere ; et l'onus à subir est ici le privilège du vendeur.

En résumé la vente d'un immeuble, dont la transcription n'a pas été faite avant la faillite, laisse le vendeur non payé libre de choisir entre deux procédés différents :

a) Ou bien reprendre la chose qui est restée sienne.

b) Ou bien faire transcrire l'aliénation et se créer ainsi le bénéfice d'un privilège opposable à la masse.

34. — Nous ne croyons pas qu'une semblable argumentation soit à l'abri de toute critique.

La loi de 1855, en effet, n'a apporté aucune modification au principe que la propriété se transfère par le seul consentement des parties. Le rapporteur de la loi, M. de Belleyne et

beaucoup d'autres orateurs en ont, au cours de la discussion de la loi, fait la remarque formelle. Par suite, même en l'absence de transcription, l'acheteur est réellement propriétaire, du moment que l'acte de mutation a reçu sa perfection ; et, par contre, le vendeur n'est plus que créancier. — Une seule exception a été apportée à ce principe et c'est en faveur d'une certaine catégorie de personnes que la loi a qualifiées de « tiers ». Que faut-il entendre par là ? Ceux-là seuls sont des tiers qui, traitant avec le vendeur, ont acquis et conservé conformément aux lois des droits sur l'immeuble vendu.

Il ne faut donc pas prendre les termes de la loi dans toute leur généralité et prétendre que sont des tiers tous les ayants cause, soit du vendeur, soit de l'acheteur. La loi n'a voulu rendre la mutation publique qu'à l'égard de ceux-là seuls qui auraient à en souffrir si elle demeurait clandestine ; or les seuls tiers intéressés à savoir que le vendeur a cessé d'être propriétaire sont ceux qui ont contracté avec lui. La transcription, comme on l'a dit fort justement, est un acte de défiance contre le vendeur ; on s'est proposé, avant tout, de sauvegarder les intérêts des tiers qui, de bonne foi, ont obtenu du vendeur dessaisi de la propriété, des droits réels sur la chose, et qui, ayant contracté dans l'ignorance de la vente, seraient injustement lésés, si, quant à eux, cette vente n'était pas tenue pour inexistante ; eux seuls pourront donc se prévaloir de la nullité de l'opération faite à leur insu. L'art. 26 de la loi de brumaire an VII, disait d'ailleurs formellement que les actes translatifs de propriété non transcrits n'étaient pas opposables à ceux seulement « qui avaient contracté avec le

vendeur » ; or la loi de 1855 n'a été qu'un retour aux principes et à l'esprit de la loi de brumaire, oubliée par le Code civil ; il est donc naturel de donner au mot « tiers » le sens qu'on lui avait jadis donné, et de le limiter aux ayants cause du vendeur.

Si c'est là l'unique exception au principe que la mutation de propriété s'est opérée erga omnes dès, que les volontés respectives du vendeur et de l'acheteur sont tombées d'accord, le vendeur ne pourra valablement prétendre, vis-à-vis des ayant cause de l'acheteur, avoir conservé sur la chose un droit de propriété. Dès l'instant du contrat, l'action en revendication résidera, non en la personne du vendeur, mais en celle de l'acheteur, et le vendeur deviendra créancier du prix de la vente, et même créancier privilégié. Or ce privilège, comme tous les autres, est subordonné à l'accomplissement d'une formalité, sous peine de rester inefficace. Mais si l'effet du privilège dépend d'une formalité qui doit être accomplie dans un certain délai, il est manifeste qu'au cas où la condition à laquelle il est soumis n'est pas accomplie dans le temps où elle doit l'être, il demeure frappé d'impuissance. Or tel est le cas des art. 448 et 2146, d'où il résulte que la conservation d'un privilège ne saurait être assurée une fois que le jugement déclaratif de faillite a été rendu. Donc le vendeur d'immeubles qui n'aura pas eu le soin d'opérer l'inscription ou la transcription, requise par l'art. 2108 C. civ. avant que la faillite de l'acheteur ne soit déclarée, perdra vis-à-vis de la masse la garantie que lui avait conférée l'art. 2103. Il en eût été de même, si la transcription de la vente de

l'immeuble avait été faite avant la prise de l'inscription par le vendeur (sauf art. 6 al. 2 de la loi de 1855), ou si les créanciers de l'acheteur avaient saisi et fait adjuger l'immeuble, et que cette adjudication eût été transcrite.

Pour arriver à ce résultat que le vendeur, après la faillite, ne peut plus valablement transcrire l'acte d'aliénation, à l'effet de conserver son privilège, nous avons donc passé par la série de déductions que voici :

a) La vente opère mutation de propriété solo consensu, erga omnes, sauf l'exception qui résulte de l'art. 3 de la loi de 1855 en faveur des ayant cause à titre particulier du vendeur, qui ont régulièrement conservé leurs droits.

b) Vis-à-vis de son acheteur et de ses ayant cause (c'est-à-dire la masse de la faillite), le vendeur n'est qu'un créancier armé d'un privilège.

c) Ce privilège, pour être efficace, doit être inscrit.

d) Mais il ne peut plus l'être si l'acheteur est tombé en faillite (arg. 448 & 2146), ou si la revente de l'immeuble a été transcrite.

35. — Enfin c'est une pure affirmation lorsqu'on prétend que la transcription produit deux effets indivisibles, quelle que soit celle des parties qui fait transcrire : mutation de propriété d'une part, création de privilège d'autre part.

D'abord, il est faux de dire que c'est la transcription qui crée le privilège ; elle ne fait que le conserver en le publiant : car il était né en même temps que la créance, c'est-à-dire le jour même du contrat.

Ensuite les effets de la transcription sont complexes et ont chacun une raison d'être et un but différent, restant soumis à des règles propres. Aussi en tant que la transcription ne fait que compléter la vente à l'égard des tiers, il n'y a nul motif d'imposer à l'acquéreur une limite pour remplir cette formalité, puisque son intérêt seul est en cause ; au contraire, cet acte étant pour le vendeur une mesure conservatoire pouvant intéresser des tiers, elle doit, comme toutes les mesures de cette nature, avoir lieu, dans certains cas, avant certains événements.

On peut enfin signaler des hypothèses où la transcription n'opère qu'un de ses deux effets : ainsi si l'acte transcrit portait que le prix est payé, la propriété serait bien transférée même à l'égard des tiers ; mais il ne saurait être question de privilège, puisqu'il n'y a pas de créance.

Il n'est donc pas bien exact de présenter les effets de la transcription comme rigoureusement liés l'un à l'autre ; dès lors on comprendra facilement que si elle intervient après la faillite, elle puisse consolider la propriété du failli, sans conserver aucun droit de préférence au profit du vendeur.

Il faut d'ailleurs reconnaître qu'en refusant au vendeur le droit d'inscrire son privilège après la faillite, nous le mettons dans une situation particulièrement fâcheuse ; aussi bien est-

ce là une considération qui a dû avoir une grande portée pour les partisans de l'opinion contraire à la nôtre. Le vendeur d'immeubles est, en effet, mis dans l'impossibilité absolue d'éviter les conséquences d'une faillite qui survient avant la transcription, sans que rien n'ait pu la faire prévoir. Tandis que le prêteur d'argent ne livre la somme empruntée qu'après s'être assuré que l'inscription de son hypothèque est possible, n'ayant été devancée par aucune inscription, la vente, au contraire, est parfaite solo consensu et se trouve définitive alors même que la tradition n'a pas été opérée ; voici donc un vendeur qui risque de perdre la chose et son prix, et si on le dépouille de son privilège dès l'instant où son acheteur tombe en faillite, qui ne voit aussitôt l'atteinte portée au crédit des commerçants et les difficultés qu'ils trouveront à acheter un immeuble quelconque ? (1)

(1) Nous venons d'admettre que dans l'état actuel des textes, le vendeur d'immeubles perdait son privilège, lorsqu'il ne lui avait pas donné, avant la faillite, la publicité nécessaire ; si bien que la masse se trouvait favorisée, puisqu'elle profite du nouveau bien qui vient d'entrer dans le patrimoine du failli et qu'elle n'a rien à craindre des garanties qui résultaient de la vente.

Nous ne croyons pas que, sur ce point, notre législateur ait édifié une œuvre définitive. — Deux reproches sérieux lui ont été faits ; on en tiendra compte un jour ou l'autre, pour apporter à nos lois une modification profonde. — (Remarquons, en passant, que ce sont ces considérations qui ont inspiré les partisans du maintien, à l'heure actuelle du privilège du vendeur ; mais appelées à produire leur effet dans un avenir plus ou moins rapproché, elles ne sauraient maintenant prévaloir contre des textes formels).

a) D'une part le vendeur peut être surpris par la faillite et ne pas avoir le temps matériel d'inscrire sa garantie.

(1) D'autre part, et ceci est une raison de droit, la masse des créanciers raisonne de la façon la plus incohérente et la moins logique — Elle veut

37. — Ces considérations ont paru sans réplique à certains auteurs ; aussi, bien que les premiers à reconnaître que l'article 448 al. 1 ne fait aucune distinction et interdit la conservation de tous les privilèges, même du vendeur d'immeubles, si la faillite est déjà déclarée, se sont-ils demandé si ce vendeur était désormais réduit à produire dans la masse de la faillite comme simple créancier chirographaire et à subir la loi du dividende. Or les principes généraux des obligations semblent devoir venir en aide au vendeur non payé, en lui donnant, à défaut du privilège, le moyen de reprendre l'immeuble rendu, grâce à l'action en résolution.

L'art. 4484 C. civ. énonce en effet que dans les contrats

bien profiter de l'immeuble acquis par le failli et considérer l'aliénation comme valable, en tant qu'elle a donné à ce failli une propriété nouvelle mais agit-il pour elle de respecter l'autre face de cette aliénation, c'est-à-dire les obligations qu'elle engendre à la charge de l'acheteur, et de subir l'exercice du privilège accordé par la loi au vendeur ? Elle s'y refuse et se retranche derrière les suites du dessaisissement résultant du jugement déclaratif. — Une semblable prétention est inadmissible — Ayant cause du failli la masse ne saurait avoir plus de droits que lui ; si elle profite des gains qu'il peut réaliser, elle doit également partager sa mauvaise fortune. Or la vente est une opération juridique dont l'aspect est double, comme pour tous les contrats synallagmatiques ; elle transfère la propriété à l'acheteur, mais à condition que celui-ci paie le prix convenu et que l'immeuble aliéné soit affecté au paiement de ce prix. Ces deux effets doivent aller de concert, ou ne se produire ni l'un ni l'autre.

Et de deux choses, l'une : ou bien la masse voudra se prévaloir du contrat pour mettre la main sur l'immeuble ; et alors elle sera tenue d'en respecter toutes les conséquences, même en ce qu'elles ont de désavantageux pour elle ; — ou bien l'aliénation est répudiée par elle ; et alors rien n'empêche le vendeur d'exercer son privilège. Mais il est inique que nos lois permettent de scinder une opération indivisible et que la masse puisse se soustraire aux garanties sans lesquelles le vendeur ne se serait pas débarrassé de sa propriété. Comme l'a longue-

synallagmatiques, la condition résolutoire est toujours sous entendue pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement, et que la résolution de la convention peut être accompagnée de dommages-intérêts au profit de celui qui la demande. Or la vente est bien un contrat synallagmatique et l'acheteur, c'est-à-dire le failli, n'exécute pas ses obligations, puisque le vendeur n'est appelé à toucher que partie du prix qui lui est dû. Nous sommes donc exactement, dit-on, dans l'hypothèse de l'art 1484 et le vendeur pourra toujours faire résoudre le contrat et demander des dommages-intérêts. (C'est aussi la solution que donne l'art. 1654).

En donnant ainsi au vendeur la faculté de faire considérer

ment expliqué M. Valette (Effet ordinaire de l'inscription en matière de privilèges sur les immeubles — Mélanges Tome 18), le vendeur n'a en effet vendu sa chose que moins un certain démembrement de propriété qu'il a retenu, à titre de privilège, pour la garantie de sa créance — si bien que la chose vendue n'entre dans le patrimoine de l'acheteur qu'avec la charge d'un privilège. C'est donc ici le cas d'appliquer la maxime « *ibi onus ubi emolumentum* » et d'obliger la masse à accepter la vente avec tout ce qu'elle comporte ou bien à la répudier complètement.

Pour conclure, nous adopterons le système présenté pour la première fois par M. Valette et d'après lequel tous les privilèges résultant d'aliénations devraient se conserver par la souscription ; de toute façon, et sans avoir personnellement aucune formalité à remplir, le vendeur, par exemple serait à l'abri de toute atteinte ; car

a) Ou la vente n'a pas été transcrite après la faillite ; et alors le vendeur est demeuré propriétaire vis à vis des tiers : il n'a donc pas besoin de privilège et est assez protégé par son action en revendication.

b) Ou elle a été transcrite en temps utile ; et le vendeur peut exercer toutes les garanties qui lui sont conférées.

Il serait donc désirable qu'on apportât une restriction aux droits actuellement reconnus à la masse et qu'on l'obligeât à tenir compte des principes juridiques les moins contestés et de l'équité la plus élémentaire. (Voir Thaller op. cit. N° 144).

la vente comme non avenue, ne semble-t-il pas, d'ailleurs, qu'on règle le mieux possible tous les intérêts en conflit ? D'une part le vendeur, dont la vente n'a pas été transcrite, a perdu son privilège ; car il ne saurait acquérir un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers, ni rompre l'égalité en sa faveur. Mais, d'autre part, il peut demander la résolution contre le failli ; n'est-il pas équitable, en même temps que conforme aux principes, de lui reconnaître le même droit contre la masse, c'est-à-dire contre les ayant-cause à titre universel de ce failli ?

38. — Aussi bien ne faisait-on pas la moindre difficulté pour reconnaître au vendeur, dont la garantie spéciale était éteinte, le droit de bénéficier des ressources que lui offrait le droit commun,

Mais la loi de 1855 est venue donner un nouvel intérêt à la question ; et la solution, que nous venons de présenter comme certaine avant cette loi, soulève maintenant les plus grandes difficultés. L'art. 7 de la loi de 1855 est en effet, ainsi conçu ; « L'action résolutoire ne peut être exercée
« après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice
« des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef
« de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les
« conserver ». Ne résulte-t-il pas de cet article que la loi a établi entre le privilège et le droit de résolution une corrélation si intime que l'un perdu, l'autre doit aussi disparaître ? Dès lors est-il vrai de dire que le vendeur, dont le privilège

est éteint par rapport à la masse, peut néanmoins invoquer l'art. 4184?

Ainsi, nous venons de le voir, l'effet que le jugement déclaratif de faillite produit sur les garanties accordées au vendeur, pour se faire payer de son prix, soulève des questions complexes :

a) Et d'abord le privilège peut-il être rendu efficace, au moyen d'une inscription postérieure à la faillite? Non, avons-nous dit sans hésiter, — les art. 448 et 2146 sont trop explicites pour qu'il soit permis de soutenir le contraire.

b) Mais, sous peine de faire subir au vendeur les conséquences d'un acte qu'il n'a pu prévoir, ne faut-il pas au moins lui accorder le droit de faire résoudre la vente, et de reprendre la chose dont il n'aurait touché qu'une partie de la valeur, s'il était réduit à n'être que simple créancier chirographaire? Oui, aurions-nous dit avant 1855. En présence de la nouvelle loi, la même réponse est-elle possible?

Plusieurs systèmes ont été proposés :

39. — *Premier système.* — Le droit de résolution est définitivement perdu, et l'exercice n'en est jamais possible, après la faillite, lorsque le vendeur a perdu son privilège. La solidarité a été voulue complète par les législateurs de 1855 : deux droits, tendant à peu près au même but, doivent être soumis au même mode de conservation ; or à quoi bon inter-

dire de publier le privilège, si l'action résolutoire est opposable aux tiers, sans qu'ils puissent en soupçonner l'existence ?

Cette disposition de la loi de 1855 avait déjà été proposée en 1850 par M. Rouher, alors ministre de la justice; mais n'avait pas abouti à cette époque. C'est pour éviter certains fâcheux résultats que l'idée était venue de soumettre l'action en résolution à la même publicité que le privilège : c'est ainsi que le vendeur non payé qui s'était laissé forclore à l'ordre, qui avait laissé s'éteindre son privilège en ne le conservant pas ou en accordant main-levée, avait toujours le droit de reprendre l'immeuble entre les mains des tiers acquéreurs et les créanciers payés à l'ordre étaient tenus de restituer le prix. Si tel est le motif auquel on obéit, en écrivant l'art. 7, il est aisé de voir, dit-on, que les mêmes inconvénients se reproduisent en cas de faillite d'un commerçant. Or l'art. 7 ne s'oppose pas à ce que la solution qu'il donne puisse être appliquée en faveur des créanciers de la masse ; il est, en effet, conçu en termes fort généraux et il ne distingue pas selon que les causes d'extinction du privilège sont différentes ; peu importe donc que cette extinction provienne de la transcription de la revente ou d'un jugement d'adjudication, de la faillite ou d'une acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire ; dans toutes ces hypothèses, il y a disparition du privilège et par suite, ceux qui en bénéficient sont admis à repousser l'action en résolution qui serait dirigée contre eux.

Nous n'adopterons pas ce système, parce qu'il ne tient au-

cun compte du texte même de la loi, qui subordonne la perte de l'action résolutoire à trois conditions :

a) Le privilège doit être éteint.

b) Certaines personnes, qualifiées de « tiers » doivent avoir acquis sur l'immeuble des droits réels, du chef de l'acquéreur.

c) Ces droits doivent avoir été conservés conformément aux lois. Il résulte de là, que les créanciers chirographaires de l'acheteur sont obligés de subir l'action en résolution, comme l'acheteur lui-même ; or les créanciers de la masse ne sont pas des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble, mais des ayant cause à titre universel du failli ; et ces tiers seuls peuvent se prévaloir de l'art. 7. La masse ne pourra donc s'opposer à la demande en résolution du contrat passé par le failli ; car elle ne remplit pas toutes les conditions voulues pour y mettre obstacle.

D'ailleurs les partisans du système que nous combattons sont les premiers à faire des concessions dangereuses et à reconnaître que la solidarité entre les deux garanties n'est pas absolue. C'est ainsi que Mourlon (Exam. critique n° 379) déclare que si le privilège n'a pas été inscrit en temps utile, ou si, quoique inscrit, il ne produit pas d'effet par suite de forclusion prononcée à l'encontre du créancier, ou de renonciation formelle de sa part ou de purge accomplie par le sous acquéreur, dans tous ces cas le droit de résolution subsiste

bien que le privilège soit éteint. Pourquoi ne pas étendre ces décisions au cas de faillite de l'acheteur survenant avant que le privilège du vendeur ne soit conservé ?

40. — *Deuxième système.* — Le vendeur a toujours le droit d'invoquer l'art. 1184 et peut faire résoudre la vente, alors même que, par sa négligence, et même sans aucune faute de sa part, il n'aurait plus le privilège que la loi lui accorde en garantie de sa créance, faute de l'avoir publié avant la faillite.

C'est l'opinion de la majorité des auteurs ; elle a encore pour elle un arrêt de la Cour de Cassation du 1^{er} mai 1860 (Sir. 60. 1,602).

Elle repose sur plusieurs motifs dont un seul apparaît dans les différents jugements sur la matière.

1° L'art. 7, dit-on et c'est là l'argument de la jurisprudence, doit-être interprété le plus strictement possible ; car il établit une déchéance, dont les résultats seront souvent très fâcheux pour ceux qu'elle atteint. Aussi faut-il éviter d'y faire rentrer certaines hypothèses qui ne cadrent pas exactement avec celles prévues par la loi. Or tel est le cas précisément du vendeur non payé, lorsqu'il a perdu son privilège par suite de la faillite de son acheteur. Entre autres conditions, l'art. 7 exige, en effet, pour que l'action en résolution soit interdite, que le privilège soit éteint lui-même ; mais le mot d'« *extinction* » suppose un anéantissement absolu et irrévocable ; si donc il existe des personnes envers lesquelles le privilège

conserve son efficacité, ou si l'on peut prévoir une époque à partir de laquelle la sureté reprendra toute sa valeur, il ne faut pas hésiter à dire que l'art. 7 est inapplicable. Or il est difficile de soutenir que le privilège du vendeur d'immeubles non payé soit définitivement perdu erga omnes et pour toujours.

D'abord l'art. 2146 déclare que la nullité de l'inscription postérieure au jugement déclaratif n'a lieu qu'« entre les créanciers de la faillite » ; l'art. 448 C. de loi, conçu à peu près dans le même esprit que l'art. 446, reconnaît aux créanciers de la masse seuls le droit de faire annuler de semblables inscriptions. Par suite ni la failli, ni les tiers détenteurs, ni les créanciers postérieurs à la faillite ne peuvent invoquer l'article 448. Voici donc déjà une nullité toute relative, si on l'envisage quant aux personnes qui peuvent s'en prévaloir. Mais il y a plus : l'art 448 étant uniquement établi dans l'intérêt de la masse, il était logique d'en conclure que son efficacité était limitée à la période pendant laquelle cette masse existe et que, celle-ci disparue, personne n'avait plus le droit d'invoquer la nullité : si, par exemple, le failli obtient un concordat, si, en un mot, la faillite cesse, l'inscription tardive qu'aura prise le vendeur recouvrera sa valeur vis-à-vis du commerçant remis à la tête de ses affaires. La nullité des art. 2146 et 448 est donc non seulement relative, elle est aussi temporaire ; on peut dire que durant la masse, le privilège du vendeur sommeille et ne produit aucun effet, mais qu'il reprend son énergie aussitôt que les créanciers du failli ont repris leur droit de poursuite individuelle ; à vrai dire, il

n'y a pas d'extinction, au sens propre de ce mot. L'art. 7 de la loi de 1855 ne saurait donc être appliqué dans cette hypothèse et le vendeur pourra toujours invoquer son droit de résolution : car l'une des conditions auxquelles est subordonnée la perte de ce droit n'est pas réalisée.

Le raisonnement de la Cour de Cassation ne nous semble pas rigoureusement exact. Il est d'abord douteux que les législateurs de 1855 aient attaché au mot extinction le sens absolu qu'on a voulu y voir. D'ailleurs, vis-à-vis de la masse, le privilège est absolument éteint, puisque le vendeur non inscrit ne saurait s'en prévaloir ; or, la question de savoir si le privilège subsiste ne se présente qu'entre la masse et le vendeur ; donc, le privilège étant sans aucune efficacité à l'égard des créanciers de la masse, il doit en être de même de l'action résolutoire, puisque l'article 7 a voulu que ceux qui n'avaient plus rien à craindre d'un droit de préférence fussent également à l'abri de la résolution du contrat passé par leur débiteur. Enfin « dire que bien qu'éteint quant à la
« masse, le privilège conserve, à l'égard de cette masse, le
« plus absolu de ses effets, à savoir l'exercice de l'action en
« résolution, c'est reconnaître plein de vie le droit que l'on
« déclare inexistant. Ajouter que la masse doit subir cet
« effet parce que d'autres personnes, au regard desquelles
« il subsiste, pourront avoir à le subir elles-mêmes, c'est
« bâtir une thèse en l'air : car personne ne comprendra qu'un
« droit puisse avoir des effets contre d'autres personnes que
« celles contre lesquelles il existe » (Mourlon, De la transcription, n° 817).

2° Un autre argument a été présenté par la doctrine, en faveur du maintien de l'action résolutoire. Appliquer l'art. 7 aux faillites, c'est, dit-on, en exagérer la portée. Le législateur de 1855 n'a eu d'autre but que d'organiser un système de publicité qui permît aux tiers, créanciers ou acquéreurs, de traiter en connaissance de cause, et d'être mis au courant des causes d'éviction qui pourraient survenir. On a voulu qu'il leur fût facile de chercher les mutations de la propriété immobilière et les démembrements ou charges qui peuvent en altérer la valeur. C'est pour cette raison que la transcription seule arrête le cours des inscriptions ; car, en l'absence de cette formalité, les tiers sont censés ignorer les droits réels qui ont pu être consentis sur le même immeuble et, pourvu qu'ils aient conservé leurs propres droits, il ne faut pas qu'ils aient à souffrir d'un contrat antérieur dont ils ne pouvaient soupçonner l'existence. Toutefois une exception a été établie en faveur du vendeur ou du copartageant et on les admet à s'inscrire valablement dans les 45 jours de l'acte de vente ou de partage, alors même que l'immeuble eût déjà été l'objet d'une revente suivie de transcription. Il y avait à craindre un calcul malhonnête de l'acquéreur, qui, en revenant aussitôt l'immeuble qu'il venait d'acheter, pouvait espérer se débarrasser du privilège dont son vendeur était armé vis-à-vis de lui. Si donc le vendeur a laissé passer le délai de 45 jours, son privilège est définitivement perdu. Le vendeur étant ainsi dépouillé de sa garantie vis à vis de ce tiers acquéreur, ne fallait-il pas aller plus loin et lui retirer le droit d'user de l'action résolutoire ? Pour être logique et as-

surer la libre circulation des immeubles, le législateur jugea qu'il était nécessaire de préserver le tiers acquéreur non seulement du privilège, mais encore de la résolution du contrat. Et, en somme, l'innovation se réduit à ceci : l'action en résolution, au lieu d'être occulte comme autrefois, doit avoir été révélée aux tiers pour pouvoir être exercée ; cette publicité sera réputée faite si le privilège a été publié ; car il apprendra non seulement que le prix n'a pas été payé, mais que la vente est résoluble, l'un des contractants n'exécutant pas son engagement ; or, le privilège ne peut plus être utilement inscrit et n'est pas opposable aux tiers ; tel doit être aussi le sort de l'action en résolution, puisque l'efficacité de cette dernière est subordonnée à celle du privilège.

Voici donc quelle sera la situation du vendeur d'immeubles 45 jours après son contrat, selon que l'acquéreur aura consenti une hypothèque ou bien revendu l'immeuble, selon qu'il sera demeuré in bonis ou qu'il aura lui-même transféré la propriété.

a) L'acquéreur est-il resté in bonis ? Il a peut-être trouvé à emprunter, en donnant hypothèque sur son fonds et l'inscription de cette garantie a été prise. Le vendeur non payé sera toujours à même de méconnaître les droits de préférence nés du chef de son acheteur, et l'inscription de son privilège, faite à un moment quelconque, lui donnera un rang préférable à celui des créanciers hypothécaires déjà inscrits ; ce n'est que l'application de la règle : « *Privilegia æstimantur non ex tempore, sed ex causa* ». ».

b) L'acquéreur a-t-il, au contraire, vendu l'immeuble : si ce nouvel acheteur a fait transcrire l'aliénation, il est protégé, à la fois, contre le droit de suite résultant du privilège du premier vendeur et contre l'action en résolution que ce vendeur prétendrait intenter.

De toutes ces explications ne résulte-t-il pas que l'art. 7 n'a voulu garantir que les tiers acquéreurs et qu'il n'est que la conséquence logique de la règle établie par l'art. 6 al. 2? Ces deux dispositions ne doivent pas être séparées et l'une s'interprète par l'autre : la première met les tiers acquéreurs à l'abri d'un privilège que rien n'était venu leur révéler ; la seconde les protège contre l'action en résolution, dont l'exercice tendrait au même résultat que le privilège lui-même — Le législateur de 1855 n'a donc pas songé aux ayant cause à titre universel du failli acheteur, c'est-à-dire à la masse de la faillite (1) ; l'hypothèse qu'il prévoit n'est plus la même et l'art. 7 n'a pas lieu d'être appliqué, lorsque l'impossibilité d'inscrire utilement le privilège provient non plus d'une transcription déjà faite, mais de la survenance de la faillite de l'acheteur.

Quelle que soit la force de cette argumentation, nous sommes d'avis que l'art. 7 a un caractère plus général que celui qu'on lui prête lorsqu'on le regarde comme un simple corol-

(1) Cela résulte d'un argument a fortiori ; car, s'il est vrai, comme nous venons de le montrer, que le vendeur puisse, à toute époque, méconnaître les droits de préférence nés du chef de l'acheteur sur l'immeuble aliéné, si, en un mot, le privilège est toujours préférable aux hypothèques consenties, il est certain, à plus forte raison, que ce privilège sera opposable aux simples créanciers chirographaires.

laire de l'art. 6 al. 2. La preuve en est que le principe posé dans l'art. 7 était déjà entré dans la législation et qu'on n'a fait, en 1855, qu'un pas de plus dans la voie du progrès. La loi du 3 mai 1841, en effet, modifia l'art. 717 du C. de Proc. civ., pour décider qu'à l'avenir le vendeur non payé ne pourrait exercer son action en résolution, à l'encontre d'un adjudicataire sur aliénation forcée, qu'autant qu'il en aurait fait la déclaration au greffe du tribunal où se poursuit la vente. Mais la réforme s'était bornée au cas d'expropriation forcée ; aussi en 1850, M. Rouher, effrayé des conséquences graves qu'offrait l'exercice du droit de résolution en certaines circonstances, proposa, lors de la discussion du projet de loi sur la réforme hypothécaire, un amendement tendant à prohiber toute prétention à la mise en œuvre de l'art. 1184 au détriment des créanciers inscrits, des sous-acquéreurs ou des tiers acquéreurs de droits réels, toutes les fois que le privilège avait perdu son efficacité. On sait quel fut le sort de cet immense travail : la troisième lecture n'eut pas lieu et il fut ajourné. Mais certaines parties en furent reprises en 1855 et l'amendement du Garde des Sceaux passa dans la nouvelle loi pour faire l'objet de l'art. 7 (V. Legrand, *Discussion de la loi de 1855* dans Rivièrè et François : *De la transcription*, p. 241). Cet article doit donc avoir toute la portée qu'avait l'amendement dont il est sorti ; or, celui-ci protégeait non seulement les acquéreurs de bonne foi, mais encore les créanciers inscrits ; le mot de « tiers », contenu dans l'art. 7, doit par suite, comprendre même ces créanciers hypothécaires inscrits.

D'ailleurs nous trouvons, dans l'exposé des motifs, le passage suivant (eodem loco. p. 151) : « La nouvelle règle
« que nous posons n'apporte aucune modification à l'action
« résolutoire du vendeur contre son acquéreur resté proprié-
« taire de l'immeuble ; elle n'exerce son influence qu'en fa-
« veur des tiers de bonne foi et qui ont rempli les formalités
« pour consolider leurs droits ; est-ce que la protection de la
« loi n'est pas due à ceux qui lui ont obéi ? ... Il est juste que
« les résultats de la négligence du vendeur retombent sur lui
« plutôt que sur des tiers vigilants et de bonne foi. L'expres-
sion de « tiers de bonne foi » a, ce nous semble, une portée très
large et comprend tous ceux qui ont requis des droits réels
sur l'immeuble et les ont conservés, que le droit obtenu soit
la propriété même ou un démembrement de cette propriété,
usufruit, servitude ou hypothèque. Aucune distinction n'a
été faite entre les tiers acquéreurs et les créanciers hypothé-
caires ; la même protection leur est accordée, et cela se com-
prend aisément, comme le fait si justement remarquer
M. Lyon-Caen, dans sa note sous l'arrêt de Cassation du
24 mars 1891 (Sir. 91. 1. 209) : « Le crédit est bien intéressé
« à ce que l'action résolutoire ne puisse pas être exercée,
« quand le privilège est éteint, à l'encontre des créanciers
« hypothécaires : on conçoit que le législateur ait songé à
« eux et généralement à tous ceux qui ont acquis des droits
« réels sur l'immeuble vendu, aussi bien qu'aux tiers acqué-
« reurs. »

La loi de 1855 a donc établi un principe général et solidari-
sé d'une manière complète le privilège du vendeur et l'ac-

tion résolutoire. L'art. 7, au lieu d'être la conséquence de l'art. qui précède, se suffit à lui-même ; il a son histoire et des raisons d'être spéciales. On n'a pas voulu laisser entre les mains du vendeur dépouillé de son privilège la ressource d'une autre garantie dont les résultats sont, pour les tiers, plus onéreux que le privilège lui-même: car elle lui permet de reprendre toute la chose, même si la valeur a augmenté, tandis que l'exercice de son privilège ne lui donnerait droit qu'au prix de vente, laissant aussi aux créanciers la plus-value qui aurait pu survenir.

En résumé, au lieu de dire, comme le prétend l'opinion la plus répandue, que l'art. 7 ne saurait être appliqué pour le cas qui nous occupe, nous croyons qu'il est plus conforme à l'intention du législateur de décider que la masse des créanciers de la faillite pourra s'en prévaloir et sera admise à repousser le vendeur, mais à condition qu'elle se soit conformée aux prescriptions de l'article en question, c'est-à-dire qu'elle ait acquis sur les immeubles du failli un droit réel qu'elle a eu soin de conserver.

3° L'art. 7, dit-on encore, ne peut être invoqué par les créanciers chirographaires de l'acheteur ; les mots « qui ont des droits sur l'immeuble » ont précisément été insérés, la discussion de la loi en fait foi, pour écarter les prétentions qu'ils auraient pu élever à cet égard. La situation de ces créanciers chirographaires est donc réglée par ce principe que le gage général des créanciers n'affecte les biens de leur débiteur que sous la réserve des charges qu'ils grèvent. Or, ici, l'acheteur n'a acquis qu'une propriété sujette à résolution puisqu'il n'a pas payé

le prix d'achat ; donc ses créanciers chirographaires, la masse de la faillite s'il s'agit d'un commerçant qui a fait de mauvaises affaires, ne pourront prendre les biens que dans l'état où ils sont dans le patrimoine de leur débiteur : il ne sauraient avoir plus de droits que lui et, comme lui, sont tenus de subir la résolution du contrat (Mourlon n° 817 et suivants).

Cet argument est irréprochable, en tant qu'il nous présente le vendeur comme toujours armé du droit de résolution à l'encontre du failli acheteur et de ses créanciers chirographaires ; cela résulte clairement de ce que certains tiers sont seuls admis à se prévaloir de l'art. 7. Mais on oublie que la masse de la faillite cesse, à un moment donné, d'être un simple créancier chirographaire, pour acquérir un véritable droit d'hypothèque sur les meubles du failli (arg. art. 490 C. de C.). Si donc, et nous l'accordons, le vendeur non payé peut faire résoudre la vente tant que la masse ne voit ses droits garantis que par le droit de gage général que lui confère l'art. 2093 du C. civ. et par le dessaisissement du failli, semblable prétention ne saurait être admise alors que la masse est devenue un de ces tiers qui peuvent demander l'application de l'art. 7 à leur profit.

4^e Enfin on a fait valoir des considérations d'équité que nous avons déjà signalées en passant. Retirer au vendeur dont le privilège n'a pas été inscrit à temps, le secours extrême de l'action en résolution, c'est le laisser à la merci d'une faillite imprévue ; peut-être n'a-t-il pas eu le temps matériel de procéder à la transcription. De plus, en général, la transcription sera faite par l'acquéreur lui-même, dans le plus

bref délai; car il est intéressé à ne pas se laisser surprendre par des inscriptions de droits de préférence qui lui avaient été cachés ou même par la transcription d'une seconde aliénation : — aussi le fait, pour le vendeur, de n'avoir pas fait transcrire la vente lui-même et assez excusable, puisqu'il lui était permis d'espérer que la même formalité accomplie par un autre lui rendrait le même office. — Enfin, dit-on, si l'on compare la situation du vendeur non payé, par rapport aux créanciers chirographaires de son acheteur failli, à celle qu'il a vis-à-vis des tiers acquéreurs qui ont fait transcrire leurs droits dans les 45 jours de la première vente, on voit qu'elles n'ont rien de commun : dans le dernier cas, en effet, le tiers acquéreur a bien eu le temps de faire transcrire son titre; à plus forte raison le premier vendeur aurait pu, lui aussi, se mettre en règle, et il est juste que sa négligence soit punie lorsqu'un certain délai s'est écoulé. La faillite, au contraire, peut arriver tout d'un coup et sans que rien n'ait pu la faire prévoir; par suite, aucune négligence à reprocher au vendeur, et dans ce cas, il serait très rigoureux de lui refuser non seulement le bénéfice des sûretés spéciales qui lui sont reconnues par la loi, mais encore les ressources que lui offre la simple application des principes généraux en matière d'obligations contractuelles, c'est-à-dire l'action en résolution, car s'il ne peut se prévaloir de l'art. 1184, il sera réduit à produire dans la masse de la faillite comme simple créancier chirographaire, et exposé à perdre à la fois son fonds et partie, souvent même la totalité du prix qui avait remplacé ce fonds dans son patrimoine.

Nous ne contestons pas que ces considérations d'équité aient une grande valeur législative : on aurait pu, en toute justice, donner au vendeur le moyen de se préserver contre les conséquences d'une catastrophe commerciale, en lui accordant un délai pour s'inscrire : ce délai a bien été octroyé au vendeur d'immeubles qui, cependant, s'est laissé devancer par un tiers acquéreur, lorsqu'on est encore dans les 45 jours de la première vente ; et, nous venons de le voir, combien sa situation n'est-elle pas plus digne d'intérêt au cas de faillite ! (1)

Il ne faut cependant pas se laisser toucher par les résultats iniques qu'entraînera en certains cas, la stricte application du système qui refuse au vendeur et son privilège et l'exercice du droit de résolution. « *Dura lex, sed lex* ». La loi des faillites, en effet tend surtout à maintenir entre les créanciers de la masse l'égalité la plus complète, or à quoi aboutirait l'exercice de l'action résolutoire ? A permettre au vendeur de se créer, vis-à-vis de la masse, une situation que nous avons montrée plus avantageuse pour lui que s'il usait simplement de son privilège. Voici un créancier qui, par sa faute ou même quelquefois sans aucune négligence de sa

(1) Faisons remarquer que le vendeur ne pourra plus exercer son action résolutoire, dès que le jugement d'adjudication, est intervenu ; mais à cela rien d'illogique : car la publicité de la poursuite en expropriation est assez grande pour qu'on puisse considérer comme négligent le vendeur qui n'a pas produit en temps utile ou fait au greffe la déclaration requise par l'art. 717 du C. de Proc. Civ. La faillite, au contraire, peut surgir sans qu'on s'y attende et on comprendrait très bien que le jugement déclaratif ne produisit pas les mêmes résultats que le jugement d'adjudication, à l'égard du vendeur non payé.

part, a perdu la garantie que lui donnait la loi et est devenu simple créancier chirographaire ; comment admettre que ce créancier ne subisse pas la loi du dividende, tout comme la masse dont il fait partie ? Comment pourrait-il reprendre son bien, et quelquefois plus encore, alors que d'autres personnes, dont la situation est la même vis-à-vis du failli, vont se voir réduites à perdre une grande partie de leurs créances ? L'égalité serait absolument rompue et c'est précisément ce que ne veut pas la loi.

D'ailleurs, et si ce n'est pas là une excuse, au moins est-ce bien la preuve que tel est l'esprit du Code de Commerce, le vendeur d'immeubles n'est pas le seul à être lésé, et le plus souvent de la manière la plus dure, par ces idées d'égalité. C'est ainsi que l'art. 550 décide que le vendeur d'objets mobiliers perd, par l'effet de la faillite, le privilège que l'art. 2102. 4 lui reconnaît, ainsi que son action en résolution, au cas où les marchandises vendues avaient été livrées et se trouvaient dans les magasins de l'acheteur ; et cela, sans distinguer si ce sont des marchandises destinées à être revendues et servant au commerce du failli, ou bien des marchandises achetées dans un autre but, auquel cas, cependant, il est difficile de dire qu'elles ont pu contribuer à augmenter le crédit du commerçant. Il ne faut donc plus s'étonner, en présence d'une décision aussi exorbitante à l'égard du vendeur d'effets mobiliers, que le vendeur d'immeubles soit, lui aussi, sacrifié aux intérêts de la masse ; la rigueur, qui l'atteint, loin d'être un cas isolé, est conforme à l'esprit général des lois sur la faillite.

Nous concluerons donc. sur la question qui nous occupe, en faveur d'un troisième système dont la portée peut ainsi être énoncée ;

44. — *Troisième système.* — Le vendeur dont le privilège est éteint vis-à-vis de la masse, ne peut faire résoudre son contrat que jusqu'au jour où les syndics prennent l'inscription requise en vertu de l'art. 490.

C'est, comme on le voit, un système intermédiaire entre celui qui refuse toujours l'exercice de l'action résolutoire et celui qui permet au vendeur de reprendre son bien à un moment quelconque.

Le défaut de transcription n'empêchera donc pas le vendeur de pouvoir prétendre à l'exercice de son droit de résolution, vis-à-vis de la masse de la faillite ; car celle-ci n'est composée que de créanciers chirographaires, et ces derniers ne sauraient se prévaloir de l'art. 7. Mais, comme nous l'avons déjà dit, du jour où les syndics ont fait inscrire l'hypothèque conférée par l'art. 490 du C. de C., la masse acquiert sur l'immeuble un véritable droit réel ; elle est donc dans les conditions même de la loi et, désormais, l'action en résolution ne pourra lui être opposée ; car :

a) D'une part, le privilège est, à son égard, complètement éteint, puisque le vendeur ne peut plus utilement l'inscrire dès le jour de la faillite.

b) Et, d'autre part, la masse est bien un de ces tiers aux-

quels fait allusion l'art. 7 de la loi de 1855 : elle a acquis un droit réel sur tous les immeubles du failli, et notamment sur l'immeuble dont le prix n'est pas payé, et elle l'a conservé en faisant l'inscription requise.

Nous avons déjà repoussé les arguments que la jurisprudence et la doctrine ont fait valoir à l'encontre de ce système ; pour nous, l'extinction du privilège est absolue et l'art 7 peut être invoqué par tous ceux qui ont des droits réels sur l'immeuble, tiers acquéreurs ou simples créanciers hypothécaires. Il nous reste encore à faire justice d'un dernier argument.

L'hypothèque de la masse, a-t-on dit, ne fait naître, au profit de cette masse, aucun droit réel sur les immeubles du failli ; elle ne constitue qu'une mesure de publicité, destinée à prévenir de la faillite les tiers qui voudraient traiter avec le failli relativement à ses immeubles. A quoi servirait une hypothèque pour ceux qui, par l'effet du dessaisissement, sont déjà à l'abri de toute diminution de leur gage du fait de leur débiteur ? Quelle serait enfin la source de cette hypothèque ? Ce n'est certes pas la convention des parties, ni la loi (car les règles auxquelles elle obéit ne sont pas celles des hypothèques légales), ni un jugement (le jugement qui prononce la faillite n'est que déclaratif et il faudrait une condamnation, pour qu'il pût donner lieu à une hypothèque judiciaire). L'inscription de l'art. 490 ne donne donc pas lieu à un véritable droit réel au profit de la masse ; et, par suite, elle n'est pas en mesure de se prévaloir de l'art. 7 à l'encontre du vendeur exerçant son droit de résolution.

Nous croyons, au contraire, et c'est l'opinion courante, que la masse a une véritable hypothèque sur les biens du failli. Cela résulte, d'une manière évidente, de l'art. 517 du C. de C., il énonce que « l'homologation du concordat *conserve* à chacun des créanciers, sur les immeubles du failli, « l'hypothèque *inscrite* en vertu du 3^me paragr. de l'art. 490 ». Les mots soulignés nous prouvent bien que le droit hypothécaire ne date pas seulement de l'homologation du concordat, mais qu'il a pris naissance dès le jugement déclaratif et qu'il ne devient efficace à l'égard des tiers qu'à compter de l'inscription requise. La transcription au bureau des hypothèques du jugement d'homologation aura seulement pour effet d'indiquer à quelle somme se trouve réduite l'hypothèque de la masse qui, après le concordat, profite à chaque créancier individuellement ; mais ce ne sera pas cette transcription qui aura fait naître l'hypothèque elle-même. Que si l'on nous demande maintenant à quoi sert cette hypothèque, il est aisé de montrer son utilité surtout au cas de concordat : elle permet aux anciens créanciers de la masse de primer les créanciers envers lesquels leur débiteur pourra s'engager après le concordat (1). — Quant à la source de l'hypothèque de la masse, il faut la voir dans la faveur de la loi

() L'hypothèque de la masse offre encore d'autres avantages ; nous en avons eu un exemple en parlant de la séparation des patrimoines : un arrêt de la Cour de Cassation du 29 décembre 1858 (Sir. 59. 1. 209) décide que l'hypothèque de la masse paralyse le droit de préférence attaché à ce bénéfice, lorsque les créanciers d'une succession échue au failli n'ont pris leur inscription que plus de six mois après l'ouverture de la succession (Voir n° 21).

et dire qu'elle est une hypothèque légale, soumise, il est vrai, à des règles spéciales, en ce sens qu'elle ne porte pas sur tous les biens présents et à venir du failli et qu'il faut une inscription spéciale sur chaque immeuble (Aubry et Rau III, p. 205, note 15).

42. — Nous concluerons donc ainsi :

Après la déclaration de faillite de l'acheteur, le vendeur d'immeubles non payé ne peut plus conserver son privilège soit en le faisant inscrire, soit en demandant la transcription de l'acte de vente ; il est définitivement dépouillé de son privilège (arg. art. 2146 et 448).

Mais il pourra user des ressources de droit commun et faire résoudre la vente à l'égard de la masse ; car cette masse n'est constituée que par des créanciers chirographaires, or les tiers qui ont des droits réels sur l'immeuble peuvent seuls se prévaloir de l'art. 7 de la loi de 1855.

Toutefois les syndics ont un moyen bien simple de couper court aux prétentions du vendeur : c'est de faire inscrire l'hypothèque de la masse ; dès ce jour, la masse devient un tiers et on ne saurait lui opposer l'action en résolution alors qu'elle peut méconnaître toute inscription de privilège postérieure à la faillite ; la loi de 1855 peut alors être appliquée.

Nous pouvons, enfin, invoquer, en faveur du système que nous défendons, un récent arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 1891 (D. 91. 1. 14. S. 91. 1. 209), qui semble indiquer un revirement dans la jurisprudence. La Cour suprême avait à statuer sur un pourvoi en cassation, formé contre un

Jugement de la Cour d'Agen, en date du 5 décembre 1887, qui avait décidé que la loi de 1855 avait établi entre l'action en résolution et le privilège du vendeur un lien absolu, en faveur de ceux qui avaient, sur l'immeuble vendu, des droits réels quelconques, régulièrement conservés. Elle rejeta le pourvoi et reconnut que la Cour d'Agen avait fait une exacte application de la loi. Voici les faits de la cause :

Un immeuble avait été vendu en 1864 à un commerçant qui n'en avait payé le prix qu'en partie ; l'acte de vente avait été transcrit et par suite le privilège conservé ; le conservateur des hypothèques avait pris l'inscription d'office ; mais le vendeur avait laissé passer dix ans sans faire renouveler cette inscription. Puis, le 9 février 1884, le commerçant est déclaré en faillite ; le 18 mars suivant, le syndic prend l'inscription requise par l'art. 490 ; le 22 juillet 1885, les héritiers du vendeur font renouveler l'inscription du privilège. Quel devait être le sort de cette inscription ? Elle était nulle à l'égard de la masse ; car il ne s'agissait pas d'une simple inscription conservatoire les héritiers étaient dans la même situation que s'ils avaient voulu faire inscrire le privilège pour la première fois, puisque la première inscription était périmée depuis longtemps (Dal. 65. 4. 421 ; 65. 4. 254 ; voir n° 18). Dès lors la prétention des héritiers à faire résoudre la vente était-elle admissible ? Oui, avait répondu l'arrêt de cassation de 1860, que nous avons rapporté plus haut ; non, vient-elle de répondre en 1891. Et c'est là, nous semble-t-il, la véritable solution et un retour aux vrais principes (1).

(1) En faveur de cette opinion, citons Rivière et Huguet (Quest. sur

SECTION III. — *L'art. 448 al. 1 doit-il être restreint
aux privilèges et hypothèques ?*

43. — L'art. 448 al. 1 défend, après le jugement déclaratif de faillite, la prise d'inscription de privilèges ou d'hypothèques. Est-ce là la seule prohibition qu'il ait établie ? Que dirons-nous, par exemple de toutes les autres hypothèses où l'accomplissement d'une formalité quelconque est nécessaire pour rendre efficace un droit préexistant ? Faudra-t-il, dans tous ces cas, reconnaître que l'événement de la faillite ne saurait empêcher l'exécution des formalités indispensables, ou bien au contraire qu'elle y apporte un obstacle absolu, comme pour les inscriptions des droits de préférence ? Ne faudra-t-il pas plutôt distinguer suivant les espèces qui se présentent et donner des solutions différentes selon les actes à vérifier ? C'est à l'examen de ces diverses questions que nous consacrerons cette partie de notre étude.

Nous allons donc supposer que le failli, avant le jugement déclaratif, a vendu un de ses immeubles ; ou bien qu'il l'a donné ; ou encore qu'il a cédé ou donné en gage une de ses créances. Si la faillite est survenue sans que la transcription

la Transcription n° 375) ; Lyon Caen et Renault (Précis de droit commercial n° 2717) ; l'excellente note de M. Lyon Caen dont nous nous sommes inspirés à plusieurs reprises rapportée sous le dernier arrêt de cassation (Sir. 91. 1. 209) ; enfin deux jugements l'un de la Cour de Bordeaux (Sir. 57. 2. 641), l'autre du tribunal de Riom (Sir, 59. 2. 597).

de la vente ou de la donation ait été accomplie, sans que le transport de la créance ou sa mise en gage ait été signifié au débiteur, quel sera l'effet du jugement déclaratif quant à ces différentes formalités ?

I. — *La transcription d'une vente d'immeuble consentie par un commerçant peut-elle être faite après la faillite du vendeur ?*

44. — Dans la section qui précède, nous avons supposé le failli acheteur et nous nous étions demandé si son vendeur pouvait utilement inscrire son privilège après la faillite. Ici nous avons affaire à un commerçant qui, avant d'être déclaré en faillite, vend un de ses immeubles, et dont la vente n'a pas été transcrite le jour où il est atteint par le jugement déclaratif. L'acheteur est-il déchu du droit qu'il avait de faire transcrire son titre ?

Trois systèmes ont été soutenus :

1^{er} système. — Dès le jour de la faillite, l'acheteur ne peut plus faire transcrire son titre d'acquisition, et les créanciers de la masse sont admis à se prévaloir du défaut de transcription. C'est l'opinion soutenue par Troplong (Transcription n° 448) ; elle s'appuie sur deux arguments dont la valeur est très contestable :

1^o L'art. 3 de la loi de 1855, permet d'opposer le défaut de transcription « aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble

et qui les ont conservés en se conformant aux lois ». Or, dit-on, la masse de la faillite est un véritable tiers, au sens de la loi de 1855, dès le jour du jugement déclaratif. Par l'effet du dessaisissement, le failli est privé de l'administration de ses biens, quoique demeurant toujours propriétaire ; il ne peut plus, par un acte quelconque, porter atteinte à son patrimoine et tous ses biens sont mis sous la main de la justice dans l'intérêt de la masse. C'est donc qu'il existe, au profit des créanciers de la faillite, un véritable droit de préférence ; « or qui dit droit de préférence suppose un droit réel, une « sorte de nantissement général, sur tout l'actif mobilier ou « immobilier » (Périuet, Thèse, p. 207).

Ce droit réel naît dès le jour du jugement déclaratif ; car il est une conséquence du dessaisissement ; or celui-ci se produit de plein droit à compter de la faillite (arg. art. 442), encore que les prescriptions de la loi au sujet de la publication du jugement n'aient pas été observées dans la suite ; donc le droit réel qu'a la masse sur le patrimoine du failli existe, lui aussi, de plein droit et n'a pas besoin d'être conservé par l'accomplissement d'une formalité quelconque pour être efficace. De tout cela il résulte que la chose constitue un véritable tiers et qu'elle peut, à tout moment, se prévaloir du défaut de transcription et faire considérer l'immeuble comme étant toujours demeuré entre les mains du failli.

2° De plus la chose peut, dès le jour du jugement, provoquer la nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques, prises postérieurement à la faillite. Pourquoi ne raisonnement pas ici par analogie ? Et qui empêche de dire que l'art. 448

a reconnu à la masse le droit de méconnaître toutes les formalités, quelles qu'elles soient, dont le but est de rendre efficace un acte préexistant et qui n'ont été accomplies qu'après la déclaration de faillite ? En ne parlant que des droits de préférence, le législateur n'a fait que citer un exemple et il n'y a pas lieu de restreindre la mesure qui existe au cas spécialement visé.

Au premier argument, il est aisé de répondre que la masse n'a aucun droit réel sur les biens du failli, résultant du dessaisissement dont ils sont frappés. Le commerçant conserve l'entière propriété de son patrimoine (1) ; il en perd seulement l'administration, et l'exercice de ses droits et actions passe entre les mains des syndics, représentants de la masse. Les créanciers de la faillite succèdent donc aux droits du failli ; et au lieu d'être des tiers par rapport à lui, il est beaucoup plus exact de dire qu'ils n'en sont que les successeurs à titre universel, puisque les actions qu'ils intentent sont celles dont le failli était le maître. Dès lors qu'ils remplacent le failli, ils ne sauraient avoir plus de droits que lui ; or il est certain que le vendeur ne pourrait pas prétendre que la vente est

(1) La preuve en est qu'il n'est dû, à la suite du jugement déclaratif de faillite, aucun droit de mutation et qu'il n'est jamais question de transcription. Ce ne fut d'ailleurs pas sans luttes qu'on inscrivit au Code de Commerce le principe d'après lequel la faillite ne donne pas lieu à une expropriation. (Voir à ce sujet *loc. cit.* p. 78 et suiv.) Un tel transfert de propriété eût été bien inutile ; car la procédure de la faillite ne tend pas à donner aux créanciers la propriété même des biens de leur débiteur ; elle veille à ce qu'ils soient vendus dans les meilleures conditions, pour que les dividendes à toucher soient aussi élevés que possible.

nulle, dans ses rapports avec son acheteur parce que celui-ci n'a pas fait transcrire son titre; nous l'avons déjà dit, une vente est valable entre les parties dès que les volontés sont tombées d'accord, et en dehors de toute formalité extérieure; donc la masse de la faillite ne peut être admise à opposer à l'acquéreur son défaut de transcription.

D'ailleurs, comme M. Boistel l'a justement fait remarquer (Dr. comm. p. 691), quand on a la prétention d'invoquer le défaut de transcription pour faire considérer une vente comme non avenue, il ne suffit pas d'avoir sur l'immeuble un droit réel quelconque; « il faut, de plus, avoir un droit de même ordre
« que celui qui a été aliéné et dont l'aliénation n'a pas été
« transcrite; la masse dans notre hypothèse, devrait donc
« pouvoir invoquer un droit de propriété; or on n'a jamais
« été jusqu'à prétendre que la faillite entraînait l'expro-
« priation du commerçant au profit de ses créanciers.

Quant à l'assimilation proposée entre l'acquéreur qui veut transcrire et le créancier antérieur auquel la loi refuse le droit de s'inscrire postérieurement à la faillite, elle n'a pas de raison d'être. Le créancier hypothécaire ou privilégié, tend après la faillite à se créer une situation meilleure, aux dépens des autres créanciers; il cherche à rompre l'égalité en sa faveur; aussi comprend-on qu'on annule toute inscription postérieure au jugement déclaratif. L'acquéreur, au contraire, ne cherche pas à s'enrichir au détriment de la masse; comme l'a dit M. Flandin (Transcription Tome 2 n° 857); c'est la masse qui veut tirer profit de la faillite de son débiteur; et si l'on reconnaît toujours aux créanciers du failli le droit

d'invoquer le défaut de transcription, pour que la vente soit, quant à eux, considérée comme non avenue, et que l'immeuble rentre dans le patrimoine de leur débiteur, c'est leur permettre d'attendre toutes les bonnes chances en laissant à l'acheteur toutes les mauvaises : car ils n'invoqueraient la nullité que si l'immeuble a augmenté de valeur, se gardant bien d'user de leur prérogative si le prix convenu était devenu sensiblement supérieur à la valeur de l'immeuble, par suite de moins value de ce dernier.

Les créanciers de la masse n'ont donc, en définitive, aucun droit réel sur les biens du failli, résultant de plein droit de la déclaration de faillite ; ils ne sauraient être admis à invoquer l'art. 3 de la loi de 1855, qui confère à certains tiers seuls le droit de se prévaloir du défaut de transcription.

Deuxième système. Celui-ci tient compte de la considération que nous venons de faire valoir ; aussi ne reconnaît-il aux créanciers de la masse le droit de prétendre que la vente non transcrite est nulle à leur égard, qu'autant que les syndics ont pris sur les immeubles du failli l'inscription requise par l'art. 490.

Il résulte de là que l'acheteur pourra valablement transcrire son titre jusqu'au jour où l'hypothèque de la masse sera inscrite ; mais si la transcription est postérieure à cette inscription, la masse pourra toujours faire annuler l'aliénation consentie par leur débiteur. L'inscription prise par les syndics a, en effet, donné naissance, au profit de la masse, à un droit réel que le dessaisissement seul avait été impuissant à créer ; or ce

droit réel a été conservé comme il devait l'être. Donc la masse est, désormais, un véritable « tiers » et sera admise à user des droits que l'art. 3 de la loi de 1855 a établis en faveur de ces tiers. (Aubry et Rau T.2 § 209 page 312) ; elle pourra purement et simplement repousser la revendication de l'acquéreur ou même revendiquer entre ses mains, si la livraison avait déjà été opérée par le failli.

Nous sommes tous disposés à reconnaître l'exactitude du système que nous venons d'exposer, en tant qu'il reconnaît à la masse le droit de considérer comme tardive la transcription postérieure à l'inscription de son hypothèque. Mais dans quelle mesure l'acheteur sera-t-il tenu de subir les conséquences de ce droit hypothécaire né au profit de la masse ? MM. Aubry et Rau vont jusqu'à prétendre que cette masse pourra poursuivre contre l'acquéreur le délaissement de l'immeuble et revendiquer. Nous ne croyons pas que l'inscription de l'hypothèque de la masse, lorsqu'elle est antérieure à la transcription d'une aliénation consentie par le failli avant le jugement déclaratif, donne aux créanciers de la faillite le droit de reprendre l'immeuble aliéné. Car, d'une part, ils ne sauraient se prévaloir de leur qualité de représentants du failli pour faire admettre une prétention aussi exorbitante : la vente, nous le répétons, est définitive et la propriété est transférée entre les parties, dès qu'il y a eu concours de volonté entre l'acheteur et le vendeur ; celui-ci a donc cessé d'être propriétaire, dès l'instant du contrat : ses créanciers chirographaires, c'est-à-dire la masse de la faillite, n'ont pas plus de droits que lui ; or, le vendeur ne peut revendiquer

l'immeuble qu'il a aliéné sous le prétexte que son acheteur n'en a pas opéré la transcription (cette dernière formalité ne regarde que les tiers et son absence ne peut être invoquée que par eux); donc ses successeurs à titre universel seront, eux aussi, tenus de respecter l'aliénation consentie par leur auteur. D'autre part, s'ils agissaient de leur chef, leur prétention ne serait pas plus admissible; car ils n'ont sur les immeubles du failli aucun droit de propriété; l'inscription que prennent les syndics ne leur donne que la qualité de créanciers hypothécaires; or, n'ayant que des droits hypothécaires, ils ne peuvent exercer que les actions qui en découlent; et la revendication ne figure pas au nombre des avantages qui résultent du droit de suite. Aussi sommes-nous partisans d'un troisième et dernier système, qui peut être ainsi résumé :

Troisième système. — Les créanciers de la masse ne sont jamais admis à contester la propriété transférée à un acheteur par suite d'une vente dont la transcription est cependant postérieure à l'inscription requise par l'art. 490.

L'acheteur pourra utilement faire transcrire son titre, même après cette inscription; mais, cette inscription même ayant fait naître, au profit de la masse, un droit réel qui a été conservé conformément aux lois, l'acheteur sera tenu de les respecter et d'en subir les conséquences (arg. art. 3 loi de 1855).

Si donc les syndics ont eu soin de prendre inscription pour la masse chirographaire avant que l'acheteur ait lui-même fait transcrire, l'acte d'aliénation est inefficace à l'égard de la masse « en ce sens seulement qu'il ne peut porter

« atteinte à l'exercice du droit hypothécaire qui lui appartient
« et dont elle peut réclamer tous les effets ; mais non en sens
« qu'il ne confère aucun droit de propriété à l'acquéreur, com-
« me cela arriverait au cas où celui-ci au lieu de se rencon-
« trer avec un créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble,
« se rencontrerait avec un acquéreur de cet immeuble, en vertu
« d'un acte postérieur au sien, mais transcrit antérieurement »
(Arrêt de Cassation 5 août 1869 Sir, 69, 1. p. 393 et suiv.)

Il résulte de là que les créanciers de la masse seront admis à se prévaloir de leur hypothèque antérieurement inscrite, mais ils n'ont que l'exercice de leur droit hypothécaire. Et cette solution présente un grand intérêt pour l'acheteur retardataire : dans l'opinion qui précède, l'acheteur est obligé de restituer l'immeuble même ; il pourra, si l'on admet le système de la Cour de Cassation, conserver cet immeuble et arrêter le cours de l'action hypothécaire en remplissant les formalités de la purge et en offrant aux créanciers inscrits une certaine somme. Aussi, le plus souvent, l'acquéreur conservera le bien dont il est devenu propriétaire ; car les créanciers, aux yeux desquels les offres du tiers détenteur sont insuffisantes, ne peuvent requérir la mise aux enchères de l'immeuble qu'en prenant l'engagement de porter ou de faire porter le prix de l'adjudication à un dixième en sus de celui qui est offert ; mais ils hésiteront presque toujours à couvrir les risques de cette surenchère et préféreront se contenter de l'offre qui leur est faite, laissant ainsi à l'acheteur la propriété du bien aliéné par le failli (1).

(1) La solution que nous venons d'admettre a pour elle d'être con-

En résumé, l'acheteur peut toujours opérer la transcription de son titre après le jugement déclaratif de faillite ; mais cette transcription produira, quant à lui, des effets plus ou moins complets, selon qu'elle aura précédé ou suivi l'inscription de l'hypothèque de la masse. Au premier cas, l'acheteur est devenu propriétaire, même vis-à-vis des tiers ; l'immeuble est complètement sorti du patrimoine du failli, et l'inscription prise par les syndics ne saurait l'atteindre. Dans le second cas, au contraire, l'acheteur n'aura acquis qu'une propriété amoindrie par l'hypothèque de la masse née du chef du vendeur ; obligé de subir les suites de cette hypothèque, il devra, pour avoir chance de conserver l'immeuble, faire aux créanciers de la faillite des offres à fin de purge ; mais il ne sera pas tenu de le restituer purement et simple-

forme aux textes de la loi ; elle résulte, nous venons de le voir, du parti que l'on prend lorsqu'il s'agit de savoir si les créanciers de la faillite ont ou n'ont pas des droits sur l'immeuble aliéné.

Toutefois, lorsqu'on se place au point de vue législatif, nous ne croyons pas que le système de la Cour de Cassation soit à l'abri de toute critique et mérite une approbation sans réserve : nous verrons, en effet, un peu plus loin, que si le failli avait donné un immeuble au lieu de le vendre, au cas où la transcription de cette donation n'aurait pas été faite avant la faillite, la masse pourrait retenir l'immeuble et se prévaloir du défaut de transcription (art. 941 C. civ.). Dans une législation bien faite, une même solution aurait dû être donnée pour deux hypothèses voisines. On y serait parvenu, si le mot « tiers », compris dans la loi du 1855, s'était adressé à toutes les personnes intéressées, à méconnaître l'acte incriminé, y compris les créanciers ; c'est précisément ce qu'a décidé la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 (art. I à 6), de laquelle il résulte que la transcription est nécessaire pour transférer la propriété à l'égard de toutes personnes autres que les parties elles-mêmes.

Le système allemand permet aussi d'éviter ces solutions contradictoires ; il part, il est vrai, de principes tout différents de ceux qui font

ment; au propriétaire seul appartient l'action en revendication ; or la masse n'est que créancière (2).

II. — *La transcription d'une donation d'immeuble faite par un commerçant peut-elle être opérée après la faillite du donateur.*

45. — Il s'agit d'un commerçant qui, avant d'être déclaré en faillite, a donné un de ses immeubles; l'art 939 C. civ. déclare qu'en pareil cas, le donataire ne devient propriétaire à l'égard des tiers qu'autant qu'il aura obtenu la transcription de sa donation. Si nous supposons que cette transcription n'a pas été faite avant le jugement déclaratif, la même question se pose qu'en matière de vente : les créanciers de la masse pourront-ils arguer du défaut de transcription pour faire annuler la donation et faire rentrer le bien dans le patrimoine

la base de nos lois, en matière de transfert de propriété immobilière. En Allemagne, tout acte d'aliénation ne rend l'acheteur que *créancier* de la chose; il n'en devient *propriétaire* qu'autant qu'il a été investi de la propriété par une sorte d'ensaisinement et que la mutation a été constatée sur les registres fonciers, au moyen d'une inscription demandée en justice et ordonnée par le magistrat en connaissance de cause. S'il en est ainsi, la question qui nous occupe reçoit une solution toute naturelle. L'enregistrement de l'aliénation n'a-t-il pas été opéré au jour de la faillite ? La procédure d'ensaisinement ne pourra plus être faite, puisque, le failli a perdu l'administration de ses biens ; et l'immeuble aliéné à titre gratuit ou à titre onéreux, demeurera le gage des créanciers de la faillite. Nous aurions donc sur ce point, tout avantage à emprunter aux législations étrangères, pour arriver à des décisions symétriques et concordantes.

(1) *En ce sens* : Lyon Caen et Renault n° 2718; Boistel n° 919 in-fine; Souchon, Thèse. de doctorat 1889 p. 113 et suiv.; arrêt de Cassat. du 5 août 1869 (ir. 69. 1. 393 — Dal. 70. 1. 161).

du failli, ou bien le donataire peut-il, à un moment quelconque, accomplir utilement la formalité requise ?

Faudra-t-il donner la même solution que pour les aliénations à titre onéreux ?

La question qui nous occupe dépend uniquement de la portée que l'on reconnaît à l'art. 941 du C. civ. Cet article déclare que le défaut de transcription pourra être opposé « *par toutes personnes ayant intérêt* ». Suffit-il d'un intérêt quelconque à ce que la donation ne soit pas maintenue ou bien faut-il que cet intérêt ait sa base dans un droit préexistant ? En un mot les créanciers chirographaires d'un donateur sont-ils au nombre de ceux qui ont intérêt et peuvent-ils invoquer l'art 941 ?

La difficulté provient de la généralité même des expressions employées par la loi, lorsqu'on les compare à la législation antérieure.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1731, les donations mobilières ou immobilières étaient assujetties à l'insinuation : cette formalité, empruntée au droit romain, n'était que la copie de l'acte de donation sur les registres des greffes des tribunaux. Loin d'être, comme à Rome, la condition même de l'existence de la donation inter partes, elle constituait une simple mesure de publicité, destinée à faire connaître aux intéressés la modification apportée au patrimoine de quelqu'un par la donation qu'il avait faite. Le défaut de cette publicité pouvait être opposé, dit l'art. 27 de cette ordonnance, par les tiers acquéreurs, les créanciers, les héritiers du donateur et « *généralement par tous ceux qui y auront intérêt* ».

Les créanciers chirographaires étaient compris au nombre de ces intéressés.

La loi du 11 brumaire an VII, à l'égard des donations de biens susceptibles d'hypothèques, organisa la transcription ; de sorte que les donations d'immeubles furent soumises à la double formalité de la transcription et de l'insinuation, et les donations mobilières à l'insinuation seulement. L'insinuation a, il est vrai, disparu ; mais la transcription est demeurée obligatoire. Or l'art. 26 de la loi de brumaire ne reconnaissait le droit d'opposer le défaut de transcription qu'à ceux qui, avant la transcription de la donation, avaient obtenu du donateur un droit réel sur l'immeuble objet de la donation et l'avaient régulièrement conservé. Cette formule excluait les créanciers chirographaires du donateur, qui n'ont aucun droit réel sur les immeubles.

Ces notions historiques rappelées, faut-il interpréter notre art. 941 à la lumière des lois de la Révolution, ou au moyen de l'ordonnance de 1731 ? Les créanciers chirographaires sont-ils en situation d'invoquer l'art. 941 et ont-ils un intérêt suffisant pour le faire ?

La Cour de Cassation, par un arrêt en date du 7 avril 1841 (D. 41-1-124), a décidé que les créanciers chirographaires du donateur pouvaient opposer le défaut de transcription. Elle s'est appuyée sur les termes généraux de l'art. 941 et sur ce fait que cet article reproduit les expressions mêmes de l'ordonnance de 1731, qui comprenaient, à n'en pas douter, les créanciers chirographaires du donateur. Toutefois il est nécessaire d'être fixé sur l'étendue des droits reconnus à ces

créanciers chirographaires, et sur l'intérêt dont ils doivent justifier pour pouvoir invoquer l'art. 944.

Il ne suffit pas que la donation ne soit pas transcrite à la date de la créance chirographaire, pour que l'intérêt nécessaire soit réputé exister; que deviendrait, en effet, le pouvoir de libre disposition que la souscription de dettes purement chirographaires laisse au débiteur? Est-ce que les créanciers n'ont pas suivi la foi de ce débiteur, et, puisqu'ils ne lui ont pas demandé de garanties, ne lui ont-ils pas laissé la faculté d'amoindrir son patrimoine par des aliénations à titre gratuit, pourvu qu'elles ne soient pas faites en fraude de leurs droits? Il est donc nécessaire, et l'arrêt de 1844 le suppose formellement, que les créanciers chirographaires aient, sous une forme quelconque, mis la main sur l'immeuble donné et qu'ils aient acquis un droit particulier impliquant la présomption qu'ils ont renoncé à suivre aveuglément la foi de leur débiteur. Or, certains événements ont pour effet de restreindre dans la personne du débiteur la faculté de disposer, en ce sens qu'il ne peut plus aliéner l'immeuble: cette mainmise peut résulter, soit de la transcription de la saisie opérée par un créancier, même chirographaire, soit de la déclaration de faillite du débiteur, qui, en le frappant de dessaisissement, le met dans l'impossibilité de pouvoir diminuer son patrimoine au détriment de la masse.

Par suite les créanciers chirographaires d'un débiteur seront admis à opposer le défaut de transcription d'une donation faite par lui, toutes les fois qu'une saisie transcrite ou la faillite de ce débiteur seront venue leur donner l'intérêt né-

cessaire et suffisant pour invoquer l'art. 944. La masse de la faillite pourra donc, dès le jour de la déclaration de faillite, méconnaître l'effet d'une donation faite par le failli, mais non encore transcrite. C'est là une solution qui diffère absolument de celle que nous avons donnée en matière de vente ; elle s'explique tout naturellement, si l'on fait remarquer la manière dont sont rédigés l'art. 3 de la loi de 1855 et l'art. 944 du C. civ.

a) L'art. 3 suppose des tiers ayant acquis des droits réels sur l'immeuble dont l'aliénation n'a pas encore été transcrite.

b) L'art. 944 au contraire, ne rend nécessaire que la preuve d'un intérêt ; toutefois, sous peine de supprimer le droit de disposition d'un débiteur, il ne suffit pas d'un intérêt quelconque ; il faut que cet intérêt soit rendu palpable par une mainmise sur les biens du débiteur, mainmise qui, sans lui enlever la propriété même de ses biens, lui interdit désormais d'altérer son patrimoine aux dépens de ses créanciers. Or, nous le répétons, le dessaisissement affecte irrévocablement au droit de gage des créanciers de la masse tous les immeubles qui ne sont pas définitivement sortis de la main du failli, et notamment l'immeuble qu'il a donné et dont la donation n'a pas été transcrite. Ces créanciers peuvent donc invoquer l'art. 944 et le donataire n'est plus admis à faire transcrire (1).

(1) En ce sens. Aubry et Rau § 704 Tome 7 ; Lyon Caen et Renault p. 696 n° 2719 ; arrêt de la Cour de Cassation du 23 novembre 1859 (Dal. 59. 1-481).

III. — *La signification ou l'acceptation d'une cession de créance consentie par un commerçant peut-elle être opérée après la faillite du cédant ?*

46. — C'est encore un autre aspect de la même question. Toute cession de créance est parfaite entre les parties par leur seul consentement ; mais elle n'est efficace à l'égard des tiers que si le débiteur a accepté le transport dans un acte authentique ou si ce transport lui a été signifié (1690 C. civ.). Au cas où ni l'une ni l'autre de ces deux formalités n'aurait été accomplie avant la déclaration de faillite du cédant, pourrait-elle l'être après ? Et les créanciers de la faillite sont-ils en droit d'opposer l'absence des formalités requises ?

De droit commun, le cessionnaire est obligé de subir la saisie-arrêt opérée sur la créance par les créanciers du cédant, avant que le transport n'ait été signifié. Or, le jugement déclaratif de faillite produit, sur les biens du failli, tous les effets d'une saisie générale, en faveur des créanciers de la faillite : donc ceux-ci peuvent méconnaître toute cession faite par leur débiteur, et dont la publicité n'aurait pas été faite avant ce jugement déclaratif. Par l'effet du dessaisissement et par suite de la mainmise qui en résulte, les créanciers de la masse deviennent de véritables tiers, en ce sens qu'ils ne sont liés par les actes de dispositions émanés du failli, que si, antérieurement à la faillite, ces actes réunissaient toutes les conditions qui les rendent efficaces contre les tiers, c'est-à-dire ont été signifiés au débiteur ou acceptés par lui, lors-

qu'il s'agit de transport de créance. Ils pourront donc invoquer l'art. 1690 ; et le cessionnaire ne pourra plus compléter son droit en le publiant (En ce sens Cassation, 26 janvier 1859, D. 59. 1. 97. 26 janvier 1863, (D. 63. 1. 47).

Ainsi la transcription d'une donation, les formalités de publicité nécessaires à l'efficacité complète d'une cession de créance ne peuvent être faites aussitôt que la faillite du donateur ou du cédant vient à être déclarée. On pourrait être tenté de rattacher ces décisions à une interprétation extensive de l'art. 448 al. 1, et à l'application par analogie de la règle qui a été posée pour les inscriptions de droits de préférence postérieures au jugement déclaratif. Mais l'art. 448 établit une déchéance ; aussi ne peut-il être étendu au-delà des cas qu'il vise spécialement. Aussi, bien que dans les deux dernières hypothèses, nous soyons arrivés à un résultat identique, ne faut-il pas y voir l'extension pure et simple de cet article, mais le résultat et la conséquence du dessaisissement et des principes mêmes qui régissent la matière des donations et des transports de créance.

Tout ce que nous venons de dire des cessions de créance s'applique également au cas où cette créance est donnée en nantissement, puisque l'art. 2075 c. Civ. requiert les mêmes formalités. De même encore, au cas d'antichrèse.

47. — En résumé, lorsqu'on se demande si l'art. 448 doit être appliqué dans toutes les hypothèses où l'accomplissement d'une formalité quelconque est nécessaire pour rendre efficace un droit préexistant, la réponse à donner varie sui-

vant les espèces. Il ne faut donc pas argumenter par analogie de l'art. 448 al. 1, qui, au lieu de constituer un principe général, ne fait que donner une règle de détail tout à fait spéciale.

a) S'agit-il d'une vente? La transcription en est toujours possible après le jugement déclaratif; mais, si elle a été précédée de l'inscription de l'hypothèque de la masse, l'acquéreur sera tenu de subir les conséquences de cette hypothèque.

b) S'agit-il, au contraire, d'une donation ou d'une cession de créance? les mesures de publicité requises n'en sont plus permises aussitôt après la faillite; et s'il en est ainsi, c'est que les créanciers de la masse font partie des tiers dont parlent les art. 944 et 1690 du Code civil, grâce au dessaisissement qui atteint le failli.

DEUXIÈME PARTIE

NULLITÉ DES INSCRIPTIONS DE PRIVILÈGES OU
D'HYPOTHÈQUES PRISES DEPUIS LA CESSATION
DES PAIEMENTS OU DANS LES DIX JOURS
QUI PRÉCÉDENT. — (448 al. 2 et 3).

Cette seconde partie donnera lieu à des développements beaucoup moins longs que la première : les solutions admises pour celle-ci le sont aussi pour celle-là,

Nous avons déjà dit (voir n° 8) que les deux derniers alinéas de l'art. 448 étaient dus à une innovation du législateur de 1838 : les art. 443 du C. de C. et 2146 du C. civ. avaient, en effet, frappé d'une nullité absolue non seulement toutes les inscriptions prises après la déclaration de faillite, mais même

celles qui antérieures à ce jugement, avaient été prises pendant toute la période suspecte, c'est-à-dire pendant la cessation des paiements et les dix jours qui les précèdent. Dans le but d'empêcher les conséquences iniques qui résultaient souvent d'un tel système, on décida, en 1838, que les inscriptions de privilèges et d'hypothèques seraient valablement prises jusqu'au jour de la faillite ; mais, pour sauvegarder les tiers qu'aurait pu tromper le crédit apparent de leur débiteur, on permit au juge d'annuler ces mêmes inscriptions, si, entre le jour de la constitution et celui de l'inscription, plus de 15 jours s'étaient écoulés.

Nous avons vu quel était le caractère de cette nullité, ainsi que l'étendue des pouvoirs du juge dans cette hypothèse (n° 9) ; de même les conditions auxquelles l'application de l'art. 448 al. 2 et 3 était subordonnée ont été signalées (n° 12) ; enfin nous avons comparé la nullité facultative de notre article avec celle qui résulte de l'art. 447 (n° 11) (1).

Il ne nous reste à rappeler que les cas d'application de l'art 448. al. 2 et 3.

Et d'abord les deux derniers alinéas de notre article ont la même portée que le premier ; car ils ne sont qu'une restriction au principe énoncé par ce dernier. Or, malgré la généralité

(1) On ne retrouve qu'en Belgique (447 al. 2) une décision analogue à notre second alinéa de l'art. 448. Le nouveau Code Italien ne présente rien de semblable, ni les législations faites sous l'influence du droit germanique. A notre avis, c'est une lacune à signaler dans les lois étrangères ; la solution donnée par la loi française est excellente, puisqu'elle permet de démasquer certaines fraudes trop fréquentes ; et sa rigueur apparente est tempérée par les pouvoirs presque absolus du juge, qui ne prononce la nullité qu'en connaissance de cause.

des termes employés dans l'art. 448 al. 1, certaines inscriptions d'hypothèques ou de privilèges sont valablement prises même après le jugement déclaratif : il en sera donc de même et a fortiori, si elles l'ont été avant le jugement. De même, la règle posée doit être appliquée sans qu'il y ait lieu de distinguer si la loi avait accordé au créancier un certain délai pour s'inscrire, ou une seconde formalité qui tendit au même résultat que celle qui est spécialement interdite : il faudra ici observer la même sévérité.

50. — Par suite, lorsque les conditions nécessaires à l'application de l'art. 448 al. 2 et 3 seront remplies, il faudra décider que le juge pourra annuler : 1^{re} l'inscription prise par les créanciers d'une succession, dans le but de conserver le bénéfice de la séparation des patrimoines, bien qu'ils aient six mois pour s'inscrire ; 2^o celle qu'aurait prise un créancier copartageant du failli, malgré le délai de soixante jours qui lui est reconnu par la loi ; 3^o celle prise par la personne qui aurait vendu un immeuble, et cependant le vendeur a, pour conserver son droit de préférence, un délai illimité, 4^o enfin celle qui publie les privilèges du Trésor (V. nos 28 et suiv.).

51. — De même serait annulable la transcription, faite plus de 15 jours après la vente, en tant que cette transcription a pour but de conserver le privilège du vendeur (n^o 30) ; l'action en résolution suivrait le sort du privilège (nos 38 et suiv.).

52. — Par contre, ne pourraient être annulées, même prises plus de 15 jours après la constitution du droit de préférence :

1° Les inscriptions prises en renouvellement, en vertu de l'art. 2154, si la seconde inscription a lieu avant l'expiration de la période décennale (n° 18).

2° Les inscriptions prises pour garantir les intérêts d'une créance hypothécaire (n° 20), conformément à l'art. 2151 C. Civ.

3° Mais, lorsque nous parlions des exceptions qu'il fallait apporter à l'art. 448. al. 1, nous avons signalé une troisième hypothèse, où il était inapplicable (n° 19). C'est lorsqu'il s'agit des hypothèques légales données aux femmes mariées, mineurs et interdits, sur les biens de leurs mari ou tuteur ; ces hypothèques sont dispensées d'inscription tant que dure le mariage, la minorité ou l'interdiction ; mais après la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle, un délai d'un an est accordé aux intéressés pour publier leur garantie (art. 8. loi de 1855). Si cette inscription est prise dans l'année, elle est toujours valable ; et la faillite, qui serait survenue *medio tempore*, n'aurait aucune influence sur elle. Est-elle prise au contraire après le délai d'un an, la masse de la faillite peut en demander la nullité. — Si, maintenant, revenant à notre hypothèse, nous supposons que l'année est expirée et qu'une femme mariée, par exemple, veut s'inscrire plus de 15 jours après la fin de cette année, faudra-t-il appliquer l'art. 448. al. 2 et 3, de même que nous avons appliqué l'art. 448. al. 1,

dans la même occurrence ? Faut-il, en un mot, faire tomber sous le coup des deux dispositions de l'art. 448, les hypothèques légales dispensées d'inscriptions, lorsque l'année où elles doivent être inscrites est écoulée ?

Plusieurs systèmes ont été présentés :

53. — *Premier système.* — La loi de 1855, dit-on, a voulu que la faveur exceptionnelle dont jouissaient les hypothèques légales sous l'empire du Code civil cessât, lorsqu'une année serait expirée, après la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle ; cette situation, exorbitante sous un régime qui fait de la publicité la condition même des droits de préférence, pouvait trouver son excuse dans la dépendance des femmes mariées ou dans l'inexpérience des mineurs et interdits ; mais, après la disparition des obstacles qui restreignaient leur capacité, il n'y avait plus de raisons pour les soustraire à l'application du droit commun et à l'obligation de publier leurs garanties ; toutefois, une année leur est accordée pendant laquelle ils peuvent, en s'inscrivant, conserver à leurs hypothèques le rang que leur avait fixé la loi elle-même ; mais après ce délai, l'inscription qu'il prennent ne donne rang que du jour où elle est prise, conformément à la règle commune. Si donc avant cette inscription, mais après l'expiration de l'année, il survient un de ces événements qui arrêtent le cours des inscriptions, une faillite par exemple, les intéressés ne seront plus admis à s'inscrire utilement, vis-à-vis de la masse de la faillite ; c'est là ce que décide l'art. 448 al. 1. Que si cette inscription est

prise, maintenant, pendant la période suspecte et plus de un jour après l'année, pourquoi ne pas appliquer 448 al. 2 et 3, comme nous avons admis 448 al. 4, « puisqu'il est reconnu « que les mêmes inscriptions sont soumises à la règle générale « de l'art. 448 al. 4 et à la disposition exceptionnelle du même article (2^e et 3^e alinéas) »? (Lyon-Caen et Renault, n^o « 2788. D'ailleurs il ne faut pas oublier que le retard apporté à l'inscription de l'hypothèque légale a pu, comme « pour toute autre inscription, induire les tiers en erreur sur « la solvabilité du mari ou du tuteur, et qu'il ne serait pas « même impossible que ce retard fût le résultat d'un concert « frauduleux », ainsi que le font justement remarquer MM. Aubry et Rau, défenseurs de ce système (T. 3, p. 207, note 24).

Dans ce système on arrive donc à la solution suivante :

a) L'art. 448 al. 2 et 3 est applicable.

b) Le délai de 15 jours commence à partir de l'expiration de l'année qui suit la fin de la tutelle ou la dissolution du mariage ; toute inscription prise dans ce délai est inattaquable ; sinon, le juge peut l'annuler.

Deuxième système. — Il conclut, lui aussi, à l'application de l'art. 448 al. 2 et 3 ; mais il diffère du précédent en ce qu'il nie qu'après l'année il y ait un délai supplémentaire de quinzaine (C. d'Alger 23 juin 1879 J. du Pal. 79 p. 839) ; car, dit-on, le délai d'un an dépasse toujours cet intervalle de plus de quinzaine entre la naissance de l'hypothèque et son

inscription, qui fait présumer le retard. Donc, pour que 448 al. 2 et 3 soit applicable, il suffit que l'année se soit écoulée, quand bien même l'inscription serait prise moins de 15 jours après cette année.

Troisième système. — L'art. 448 al. 2 et 3 ne saurait être appliqué dans notre hypothèse : car il établit une déchéance et par suite doit recevoir l'interprétation la plus restrictive. Or nous voyons que l'art. 448 al. 2 et 3 suppose qu'entre l'*acte constitutif* du privilège ou de l'hypothèque, il s'est écoulé plus de quinze jours. Mais les hypothèques légales sont établies par la loi. Elle résultent d'un *fait*, la célébration du mariage ou l'ouverture de la tutelle ; et on ne pourra jamais dire de ce fait, au sens grammatical et usuel des mots, qu'il est un *acte constitutif* de l'hypothèque. D'ailleurs quel pourrait être le point de départ du délai de quinzaine ? La célébration du mariage ou l'ouverture de la tutelle ? Mais pendant toute la durée du mariage ou de la tutelle, les hypothèques sont dispensées d'inscription. La dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle ? C'est encore là chose impossible, puisque la loi de 1855 accorde, pour s'inscrire, un délai d'un an après l'arrivée de ces événements. La fin de cette année ? Mais comment soutenir que l'expiration d'un délai soit un acte constitutif d'hypothèque, surtout en présence de garanties dont le point de départ est fixé par la loi à une date bien antérieure ? Enfin, il est aisé de comprendre la situation de faveur qui résulte pour les hypothèques légales, de l'adoption de ce système : elles prêtent, bien moins que les

hypothèques ordinaires, à un concert faudruleux entre débiteur et créancier; les événements qui leur donnent naissance sont d'une notoriété suffisante pour qu'un créancier vigilant puisse les connaître, tandis qu'une convention ne se révèle pas par elle-même aux intéressés et peut échapper à toutes les investigations.

Telle est, en résumé, l'argumentation présentée par un arrêt de la Cour de Caen, du 18 juin 1879 (J. du Pal. 79 page 803); M. Lyon Caen lui donne tout son appui dans une note publiée dans la Revue critique de législation (p. 279 et suiv.). Voir aussi arrêt de la Cour de Colmar (Sir. 62. 2. 122), très fortement motivé et dans lequel nous trouvons cette phrase : « On peut soutenir avec raison que, ni par son texte, ni par son esprit, la disposition irritante de l'art. 448 Code Com. ne peut s'appliquer à l'inscription d'une hypothèque légale ».

Nous serions cependant portés à donner notre préférence au premier système, à celui qui fait application aux hypothèques légales de l'art. 448 tout entier. Outre qu'il semble bien logique de ne pas scinder les deux parties de cet article, puisque la règle et l'exception qu'elles énoncent concernent les mêmes hypothèses, nous croyons qu'en décidant ainsi, nous nous conformons au but même qu'a voulu atteindre le législateur en l'art. 8 de la loi de 55. Que s'était-il proposé en effet? Nous l'avons déjà dit à plusieurs reprises, il voulait qu'avec la cessation des incapacités cessassent également des dispositions exceptionnelles fondées sur ces incapacités mêmes, et qu'après le délai d'un an, qu'il accordait pour ménager la transition du droit exceptionnel au droit commun,

toutes les hypothèques légales fussent ramenées à la loi commune, c'est-à-dire soumises à l'inscription. S'il en est ainsi, n'est-il pas juste que, subordonnées à une mesure de publicité, ces hypothèques subissent toutes les règles concernant l'inscription, et notamment les restrictions apportées, en certains cas, par le législateur à la possibilité de s'inscrire ?

Et puisque après l'expiration de l'année qui suit la fin des incapacités, les hypothèques légales non encore inscrites perdent le bénéfice du rang de faveur que leur avait donné la loi, pour ne prendre date que du jour de leur publication puisque, en un un mot, ces hypothèques doivent se conformer aux principes généraux admis en matière de droits de préférence, n'arrive-t-on pas précisément au résultat qu'on voulait empêcher, c'est-à-dire à la clandestinité de l'hypothèque, lorsqu'on décide que l'art. 448 al. 2 n'atteint pas les hypothèques légales et que, par suite, l'inscription peut en être prise pendant la période suspecte et sans que le juge puisse en prononcer la nullité en faveur de la masse, alors même que les intéressés sont demeurés plus d'un an et quinze jours sans se conformer aux prescriptions de la loi ? On serait donc en présence d'une hypothèque qui pourrait impunément rester occulte au détriment non seulement des créanciers d'une faillite, mais encore des tiers qui auraient pu traiter, avec l'ex-mari ou l'ex-tuteur, dans l'ignorance du droit réel dont ses immeubles étaient frappés et ne lui auraient pas demandé de sûretés spéciales. Un semblable système ne tient compte :

a) Ni de l'esprit de la loi de 1855, qui veut qu'au bout d'une certaine période, les hypothèques légales tombent sous l'application pure et simple du droit commun et soient soumises à la formalité de l'inscription avec tous ses obstacles.

b) Ni de l'esprit de l'art. 448 al. 2, qui s'est attaché à punir un créancier hypothécaire, non seulement à cause de la complaisance coupable avec laquelle il a consenti à laisser à son débiteur un crédit apparent, mais à cause de la grave négligence dont il a fait preuve, en retardant la prise de son inscription, négligence qui a pu induire les tiers en erreur sur la situation vraie de celui avec lequel ils ont traité. Or il est incontestable que la femme devenue veuve, qui est demeurée plus d'un an sans inscrire son hypothèque, aura souvent été cause de sérieux mécomptes pour certaines personnes; il serait injuste qu'elle n'en fût pas responsable et qu'elle ne fût pas atteinte par une disposition dont la portée est aussi générale que celle de l'art. 448, al. 2.

Il résulte de là que l'esprit de la loi est très favorable à l'opinion que nous partageons. Quant à l'argument qu'on a tiré du texte pour le combattre, nous ne croyons pas qu'il soit absolument sans réplique: « Les expressions d'acte cons-
« titutif, exactement appropriées à la législation du Code
« civil, s'adaptent sans effort à la situation créée par la loi de
« 1855, puisque l'acte constitutif est naturellement remplacé
« par le fait constitutif de l'hypothèque légale: ce serait pro-
« fesser un singulier respect des textes que de sacrifier, à

« une expression purement littérale, non seulement la pensée certaine, mais encore deux dispositions formelles : « l'art. 8 de la loi de 1855 et l'art. 448 C. com. » Ces quelques lignes sont empruntées à l'arrêt de la Cour d'Alger que nous avons rapporté plus haut.

Toutefois, bien que nous prenions à cet arrêt quelques-uns de ses considérants, nous n'en adopterons pas le système qu'il fait valoir ; et, au lieu de déclarer que les hypothèques légales tombent sous le coup de l'art. 448 al. 2, dès la fin de l'année, nous dirons, avec MM. Aubry et Rau, qu'il faut, en outre, que 15 jours se soient écoulés. C'est qu'en effet c'est seulement au bout de cette année que l'hypothèque légale devient une hypothèque ordinaire ; et la soumission aux règles générales a pour point de départ ce moment même ; dès lors que l'acte constitutif est, ici, remplacé par un fait, il est logique que le délai de quinzaine commence à courir à dater de ce fait, c'est-à-dire de l'expiration de l'année accordée par l'art. 8 de la loi de 1855.

En résumé, nous sommes d'avis que les hypothèques légales, tout comme les hypothèques conventionnelles ou judiciaires, tombent sous le coup de l'art. 448 al. 2, mais qu'il faut tenir compte de la situation qui leur a été faite par la loi de 1855 et qu'elles ne sont annulables qu'autant qu'elles n'ont pas été inscrites dans la quinzaine qui suit l'année où les intéressés doivent s'inscrire. — Cette solution est d'ailleurs moins rigoureuse qu'elle ne le semble au premier abord, si l'on songe que le juge jouit d'un pouvoir presque illimité et qu'il pourrait toujours refuser d'annuler l'inscrip-

tion la plus tardive, si en fait, elle n'avait été la cause d'aucun préjudice pour qui que ce soit (1).

54 — Enfin nous avons vu, dans la dernière section de notre première partie (n^{os} 43 et suiv.), qu'on ne saurait étendre par voie d'analogie l'art. 448 al. 1 aux formalités qui, comme les inscriptions des droits de préférence, viennent vivifier un acte préexistant. Il en sera de même lorsqu'il s'agit d'expliquer l'art. 448 al. 2; et le juge ne pourra pas annuler, au profit de la masse, même au cas où l'une de ces formalités aurait été remplie pendant la période suspecte plus de quinze jours après l'acte qu'elles supposent :

1^o La transcription d'une donation d'immeuble faite par le failli ;

2^o La transcription de la vente d'immeuble consentie par le failli ;

3^o La signification au débiteur cédé ou son acceptation dans un acte authentique d'une cession de créance par le failli. Cette dernière solution a été admise par un arrêt de

(1) Nous trouvons, enfin, dans l'ouvrage de MM. Lyon Caen et Renault (II. p. 742 note 3) cette phrase, qui peut être regardée comme une concession en faveur de notre opinion : « Nous reconnaissons que dans une législation rationnelle, l'art. 448 al. 2 et 3 devrait être applicable aux inscriptions des hypothèques légales des incapables, dès qu'elles sont soumises à l'inscription pour être opposables aux tiers ».

Pourquoi ne pas aller plus loin et décider que, même sous la législation actuelle, ces hypothèques sont régies par l'article en question, puisque l'esprit de la loi semble favorable à cette solution et que le texte même ne présente peut-être par toute l'autorité qu'on lui prête ?

cassation du 4 janvier 1847 (Sir. 47. 1. 161) et par un autre du 19 juin 1848 (Sir. 1848. 1. 465).

Et cependant, en parlant de l'art. 448, al. 1, nous avons décidé que la transcription de la donation ou la signification d'un transport de créance n'étaient plus possibles aussitôt après le jugement déclaratif, et il peut paraître illogique que la masse, au profit de laquelle existe une nullité de droit à partir de la faillite, ne puisse invoquer la nullité facultative à l'encontre des formalités accomplies pendant la période suspecte. Mais il ne faut pas oublier que les décisions que nous avons données à propos du premier alinéa, ne se rattachaient pas à la disposition qu'il renfermait, mais bien aux conséquences du dessaisissement résultant de la déclaration de faillite; nous avons vu que la masse avait une sorte de mainmise sur tous les biens du failli et qu'il y avait là un intérêt suffisant pour qu'elle pût s'opposer à l'accomplissement de formalités non encore remplies. Or, dans l'hypothèse qui nous occupe, il ne peut être question de dessaisissement puisqu'il ne commence qu'à dater du jugement déclaratif et que nous nous trouvons en pleine période suspecte. Donc, les créanciers du failli ne peuvent invoquer une nullité dont la raison d'être provient du dessaisissement même.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	167
------------------------	-----

PREMIÈRE PARTIE

<i>Nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques postérieures au jugement déclaratif (448 al. 1).</i>	183
---	-----

SECTION I. — Motifs de l'art. 448. 1; exceptions qui en résultent	184
--	-----

SECTION II. — L'article 448 al. 1 s'applique-t-il à tous les privilèges sans distinction?	205
--	-----

I. La survenance de la faillite fait-elle perdre aux créanciers le bénéfice du délai qui lui a été accordé par la loi à l'effet d'inscrire son privi- lège?	209
--	-----

II. Le privilège du vendeur ne peut plus être inscrit après le jugement déclaratif; la trans- cription de son titre pourrait-elle suppléer à l'impossibilité de prendre inscription?	218
---	-----

SECTION III. — L'article 448 al. 1 doit-il être restreint aux privilèges et hypothèques ?	253
I. La transcription d'une vente d'immeuble consentie par un commerçant peut-elle être faite après la faillite du vendeur ?	254
II. Même question pour une donation d'immeuble.	263
III. La signification ou l'acceptation d'une cession de créance consentie par un commerçant peut-elle être opérée après la faillite du cédant. . .	268

DEUXIÈME PARTIE.

<i>Nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques prises depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent.</i>	271
--	-----

POSITIONS

I. POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

A.— DROIT ROMAIN.

1° Les personnes jouissant du *jus antiquum* ne profitaient en rien des déchéances créées par les lois *Caducaires*.

2° Pour savoir si une disposition testamentaire constitue un *caducum*, il faut s'attacher à la cause de la défaillance et non à la date à laquelle elle s'est produite.

3° La Constitution de Caracalla n'a fait que donner une consécration législative à la substitution, déjà opérée en fait, du *fiscus* à l'*ærarium*.

4° Après la Constitution de Constantin, la paternité continua

à être la source de prérogatives et les *prœmia patrum* ne furent abolis que par Justinien.

5° Justinien, dans sa Constitution, est revenu aux anciens principes, et, notamment, il ne reconnaît aucun effet à la *conjunctio verbis tantum*, contrairement à ce qu'avait décidé la loi 89, du titre de « *Legatis* » au Digeste.

B. — DROIT FRANÇAIS

1° L'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque, prise le jour même de la déclaration de faillite, est nulle de plein droit à l'égard de la masse.

2° La survenance de la faillite fait perdre au créancier le bénéfice du délai qui lui a été accordé par la loi à l'effet d'inscrire son privilège.

3° Le vendeur d'immeubles non payé ne peut, en faisant transcrire la vente après la faillite, rendre son privilège opposable à la masse.

4° L'action résolutoire est liée d'une manière absolue, au privilège du vendeur ; elle disparaît avec lui.

5° L'hypothèque de la masse est autre chose qu'une simple mesure de publicité, destinée à porter la faillite à la connaissance des tiers, elle constitue un véritable droit réel, dont l'utilité vient compléter les effets du dessaisissement en faveur de la masse.

6° L'art. 448 al. 1, ne doit pas être étendu, par voie d'analogie, aux formalités autres que les inscriptions des droits de

préférence et qui, comme ces dernières, rendent efficace un droit préexistant; et notamment, les créanciers de la faillite ne sauraient être admis à tenir pour nulle l'aliénation consentie par leur débiteur, mais non transcrite au jour du jugement déclaratif.

7^o Les hypothèques légales dispensées d'inscription tombent sous l'application des deux alinéas de l'art. 448.

II. — POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

A. — DROIT ROMAIN.

1^o La compensation légale n'a jamais été admise à Rome; elle est toujours demeurée judiciaire.

2^o En droit romain, il n'y avait pas de novation par changement d'objet.

3^o La femme ne peut pas, en principe, renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velléien.

4^o A l'origine, le mari était propriétaire de la dot; sous Justinien, c'est la femme qui en a la propriété.

B. — DROIT CIVIL

1° Les créanciers peuvent intenter l'action de l'art 1166 sans avoir besoin d'aucune subrogation judiciaire.

2° Le légataire universel non saisi n'est pas tenu des dettes ni des legs *ultra vires*.

3° Dans un contrat par correspondance, l'offre peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée ; mais une fois l'acceptation donnée, même à l'insu du pollicitant, le contrat est formé.

4° L'antinomie entre les art. 692 et 694 du Code civil n'est qu'apparente.

C. — DROIT COMMERCIAL

1° La prescription en faveur de l'associé liquidateur ou non liquidateur est de cinq ans.

2° La négociation des actions d'une société ne peut avoir lieu qu'après la constitution définitive de la société.

D. — DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Les jugements rendus par des juges étrangers n'ont force exécutoire en France que sous réserve du droit de révision qui appartient aux tribunaux français.

E. — PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET INDUSTRIELLE.

Les propriétaires d'ouvrages posthumes bénéficient des lois postérieures au décret de germinal an XIII, qui ont augmenté la durée du droit des auteurs.

Vu par le Président de la thèse,
GARSONNET.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer .
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TOURS, IMPRIMERIE P. SOUDÉE
